

**Université de Lille**  
**Facultés des sciences juridiques, politiques et sociales**

**Les programmes de compliance  
en droit de la concurrence**

Mémoire de recherche pour l'obtention du Master 2 Droit de l'Union européenne

**Sous la direction** de Monsieur Stéphane Bracq,  
**Présenté** par Salomé Vandermarlière.

*La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent rapport.  
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## Remerciements :

J'adresse mes sincères remerciements à Monsieur Stéphane Bracq pour son accompagnement et ses conseils tout au long de l'année, en espérant que ce travail puisse continuer.

Je tiens à remercier Monsieur Patrick Meunier pour ces deux années de Master enrichissantes qui m'ont donné le goût de la recherche en droit.

Je remercie également Sandrine Vandermarlière pour ses précieuses relectures.

Merci à Erwan pour son soutien durant les cinq années de mon parcours universitaire.

# SOMMAIRE

Introduction	1
<b>Partie I</b> – Le programme de compliance : un dispositif en apparence préventif et volontaire	10
<b>Chapitre I</b> – Les incitations positives à la mise en place d'un programme de compliance	10
<b>Chapitre II</b> – L'ambiguïté de la mise en place d'un programme de compliance	74
<b>Partie II</b> – Le programme de compliance : un dispositif de promotion d'une culture de la concurrence au sein des entreprises discuté au plan constitutionnel	110
<b>Chapitre I</b> – Des programmes de compliance devenus obligatoires pour toutes les entreprises	110
<b>Chapitre II</b> – Une discutable culture de la concurrence permettant l'effectivité du droit de la concurrence	131
Conclusion	151

## **Table des principales abréviations**

<b>ADLC</b>	Autorité de la concurrence
<b>AFA</b>	Agence française anticorruption
<b>AFJE</b>	Association Française des Juristes d'Entreprises
<b>AGCM</b>	Autorité de la concurrence et du marché
<b>AMF</b>	Autorité des marchés financiers
<b>ANC</b>	Autorités nationales de concurrence
<b>CNIL</b>	Commission nationale de l'informatique et des libertés
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
<b>DG Concurrence</b>	Direction Générale de la concurrence
<b>DoJ</b>	Département of justice
<b>ISO</b>	Organisation internationale de normalisation
<b>MEDEF</b>	Mouvement des entreprises françaises
<b>OCDE</b>	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
<b>OFT</b>	Office of Fair Trading
<b>PME</b>	Petites et Moyennes Entreprises
<b>PwC</b>	PricewaterhouseCoopers
<b>REC</b>	Réseau Européen de Concurrence
<b>RSE</b>	Responsabilité sociale des entreprises
<b>SCPC</b>	Service Central de Prévention de la Corruption
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>UE</b>	Union européenne
<b>UK</b>	United Kingdom
<b>US</b>	United States



# INTRODUCTION

Pour la professeure de droit Marie-Anne Frison-Roche, « *Quiconque s'approche de la compliance, de gré ou de force, a une impression d'extrême complication* »<sup>1</sup>. Pourtant, la compliance est un phénomène qui se répand de plus en plus au sein des entreprises, à tel point qu'une tribune du journal *Le Monde* titrait, en 2016, « *La compliance ou la mort* »<sup>2</sup>.

La compliance dans les entreprises fait l'objet de nombreuses études ces dernières années. C'est un terme anglo-saxon qui se caractérise, comme le fait remarquer l'ancien vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, par son « *caractère difficilement traduisible* »<sup>3</sup>. En effet, le terme compliance provient de l'anglais « *to comply with* » qui signifie « se conformer à », c'est-à-dire « *régler sa conduite en accord avec quelque chose, se soumettre, s'adapter à* »<sup>4</sup>. Les entreprises font en sorte que leurs comportements se conforment et respectent, de manière effective, les lois et réglementations qui leur sont applicables. Le président de la Cour de justice de l'Union européenne, Koen Lenaerts, fait remarquer que c'est une démarche logique au sein des États de droit dans lesquels « *les comportements doivent être respectueux des règles de droit* »<sup>5</sup>. Cependant, sa traduction française fréquente par « conformité » n'est pas satisfaisante en ce qu'elle est trop restrictive. Marie-Anne Frison-Roche souligne d'ailleurs que « *l'on ne sait guère définir juridiquement la "conformité"* »<sup>6</sup>. De plus, pour de nombreux praticiens, comme Benoît de Juvigny, secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers (AMF), cette traduction ne rend pas compte de toute la complexité de la réalité de ce que constitue la compliance<sup>7</sup> qui est plutôt l'achèvement de la conformité. En effet, si la compliance se résumait à la conformité, Marie-Anne Frison-Roche fait remarquer que ce concept de compliance serait étrange car il n'est pas nécessaire qu'un assujetti s'engage à respecter les normes auxquelles il est soumis car « *l'obligation de se conformer aux normes est ce qui lie tout sujet par rapport au droit* »<sup>8</sup>. Toutefois, il faut noter que, comme le relève

1 FRISON-ROCHE (M-A.), « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *Compliance : entreprise, régulateur et juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 8.

2 CADUC (P.), « La compliance ou la mort », *Le Monde*, 2016, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/24/la-compliance-ou-la-mort\\_4925700\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/24/la-compliance-ou-la-mort_4925700_3232.html).

3 IDOUX (P.), « Après la régulation, la compliance ? », in « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2017, n° 33, p. 1872.

4 Dictionnaire Larousse, définition de « se conformer ».

5 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *The Journal of Regulation*, 2018. <http://thejournalofregulation.com/fr/article/koen-lenaerts-eclaire-leurope-de-la-compliance/>.

6 FRISON-ROCHE (M-A.), *Droit de la compliance : livret de séminaire – semestre d'automne 2018*, <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-compliance-livret-de-cours-semester-da/>.

7 DE JUVIGNY (B.), « La compliance, bras armé de la régulation », in FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 17.

8 FRISON-ROCHE (M-A.), « Le Droit de la compliance », *D.*, 2016, n° 32, p. 1871.

le professeur de droit Christophe Roquilly et cela explique la compliance, « *Même s'il n'est pas politiquement correct de le souligner, il faut bien admettre que la soumission de l'entreprise à la norme juridique n'est ni automatique, ni systématique, même lorsque cette norme est clairement identifiée et correctement interprétée* »<sup>9</sup>.

## § 1 - Définitions et approche générale de la compliance

Le Cercle de la compliance, association spécialisée dans l'étude de la compliance, la définit comme « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants* »<sup>10</sup>. Bien qu'il ne s'agit pas de l'unique et unanime définition, on perçoit que la compliance va au delà des aspects techniques des politiques de contrôles internes. En effet, Benoit de Juvigny note deux dimensions à la compliance<sup>11</sup> : d'une part, une dimension procédurale qui renvoie au respect des règles législatives et réglementaires applicables et, d'autre part, une dimension comportementale qui renvoie aux valeurs inculquées aux salariés. L'ancien professeur de droit Daniel Tricot relève, quant à lui, que cette notion évoque « *l'éthique, le respect, la responsabilité sociale et environnementale, les bonnes pratiques, la sécurité, la prévention, la protection,...* »<sup>12</sup>. La compliance tend ainsi à devenir une culture organisationnelle propre à chaque entreprise.

Pour rappel, une entreprise se définit comme étant « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »<sup>13</sup>.

Les objectifs de ce phénomène sont, selon Thierry Boillot, directeur concurrence de l'Association Française des Juristes d'Entreprises (AFJE), « *la préservation de l'image et de la réputation de l'entreprise* »<sup>14</sup>. Les opérateurs économiques et les pouvoirs publics se sont rendus compte que les risques liés à l'adoption de comportements répréhensibles pour non-respect des règles peuvent être destructeurs. Il est donc question de les gérer en interne. Pour ce faire, au sein de l'entreprise, la compliance se matérialise par un programme de compliance. Les entreprises

---

9 ROQUILLY (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, 2009, n° 6, dossier 34.

10 Le Cercle de la Compliance, Rubrique « A quoi se réfère exactement le terme de compliance? », <https://www.lecercledecompliance.com/questions-frequentes/>.

11 DE JUVIGNY (B.), « La compliance, bras armé de la régulation », *op. cit.*, p. 18.

12 TRICOT (D.), « Avant propos », in GAUDEMET (A.) (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2016, p. 7.

13 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*, Rec. 1991 I p. 1979, ECLI:EU:C:1991:161, conclu Jacobs.

14 GUICHETEAU (C.), « La compliance concourt à l'efficacité de l'entreprise et à son rayonnement », *Le Monde du Droit*, 2015.

établissent des documents de références (guides, codes, chartes internes) qui contiennent les règles qu'elles ont décidé de s'obliger à respecter. Ces règles peuvent être professionnelles, extra-professionnelles, territoriales, extra-territoriales, de bonne conduite, ou encore de bonne pratique. La compliance mêle donc le respect des obligations légales avec des engagements volontaristes. Le respect de la norme a ainsi vocation à devenir « *une valeur en soi* »<sup>15</sup> comme le précisent différents auteurs et la compliance constitue, en réalité, un outil au service de cet objectif. Le programme de compliance comprend également différentes mesures opérationnelles pour l'atteindre. Par la décentralisation de la production des règles qu'il implique, selon l'avocat Luc-Marie Augagneur, le programme de compliance « *accomplit une forme d'identité normative qui réconcilie droit et éthique* »<sup>16</sup>.

La compliance renvoie à la gouvernance d'entreprise, la transparence, la responsabilité, l'éthique, la confiance. En effet, c'est toute la gouvernance d'entreprise qui s'en trouve impactée et modifiée. La compliance a une implication moralisatrice car elle implique un comportement responsable ainsi qu'une culture organisationnelle. Cela a nécessairement un impact sur le plan juridique. Comme l'explique le professeur de droit Antoine Gaudemet, la compliance apporte de « *nouvelles techniques juridiques* »<sup>17</sup> et donc une nouvelle façon de faire du droit. Elle s'apparente aux instruments de *soft law* (droit souple) et combine la réglementation publique avec les normes de droit privé ainsi que la prévention et la répression. Mathias Audit, professeur de droit, évoque « *une forme particulière de pratique normative* »<sup>18</sup> s'agissant des programmes de compliance. La compliance renvoie à une vision procédurale des textes car il s'agit d'appliquer, de façon systématique et exhaustive, un ensemble de normes internes détaillées. Romain Dumont explique que « *c'est là le Vieux Monde du droit qui se renouvelle* »<sup>19</sup>.

Il s'agit d'une construction internationale qui, selon Mathias Audit, s'est « *imposée dans la pratique* »<sup>20</sup>. La compliance a, dans un premier temps, concerné les opérateurs économiques intervenant dans un secteur régulé ou soumis à une surveillance particulière en raison des risques systémiques de sanctions résultant de certaines pratiques. Jean-Marc Sauvé y voit « *la mise en*

---

15 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), « Entreprise - La conformité réglementaire et les « programmes de compliance », *Cah. dr. entr.*, 2010, n° 2.

16 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, 2017, 1522, p. 30.

17 GAUDEMET (A.), « Introduction », in GAUDEMET (A.) (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, *op. cit.*, p. 9.

18 AUDIT (M.), « Les lois extra-territoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 45.

19 DS, « Lu pour vous - La compliance : un monde nouveau ? | Antoine Gaudemet (dir) », *Dt et Société*, 2017, <https://ds.hypotheses.org/2772>.

20 AUDIT (M.), « Les lois extra-territoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », *loc. cit.*

œuvre de mécanismes de contrôle du respect des principes, au sens le plus large, de la régulation économique »<sup>21</sup>. En effet, comme l'explique Marie-Anne Frison-Roche, la compliance est le prolongement du droit de la régulation<sup>22</sup>. Cela s'explique par plusieurs facteurs qui ont entraîné une régulation toujours plus difficile des activités des acteurs du marché, à tel point que les régulateurs sectoriels n'ont plus été en mesure, à eux seuls, de faire observer les règles : la mondialisation puis la globalisation, la concurrence grandissante entre les opérateurs, la multiplication et la complexification des normes à effet extra-territorial ainsi que l'augmentation de la répression. On a alors assisté à une sorte de délégation de cette fonction. Les opérateurs économiques ont été amenés, progressivement et sous le contrôle des régulateurs, à favoriser la prévention à la réaction par l'adoption *ex ante* d'une démarche d'autorégulation avec des programmes de compliance, lesquels permettent à l'entreprise d'internaliser les règles sanctionnées *ex post* traditionnellement. C'est pourquoi, Benoît de Juvigny évoque la compliance comme le « bras armé de la régulation »<sup>23</sup>. La compliance est finalement une forme de régulation « qui évoque tout à la fois la soumission à un ordre supérieur et [...] l'adhésion à des valeurs à diffuser »<sup>24</sup>.

Ce mouvement est d'abord apparu, sous sa forme juridique précise Marie-Anne Frison-Roche<sup>25</sup>, dans le domaine bancaire et financier aux États-Unis en réaction à la crise financière de 1929. Afin de prévenir de nouvelles crises financières, les opérateurs économiques se sont vus imposer de nouvelles contraintes pour s'assurer qu'ils fonctionnent de manière transparente<sup>26</sup>. Ainsi, le *Securities Exchange Act* de 1934 a fait peser sur les entreprises l'élaboration de technique de compliance<sup>27</sup>. Cet attrait pour la compliance s'est renforcé avec l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley, souvent citée comme majeure en matière de compliance, en 2002 suite au scandale financier d'*Enron* en 2001. D'autres crises ont affecté les marchés en 2008 et 2011, ainsi que d'autres scandales financiers, comme ceux de la *Société Générale* en 2008<sup>28</sup> ou de la *BNP Paribas* en 2014,

21 SAUVE (JM.), « Compliance, droit public et juge administratif », in FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, *op. cit.*, p. 47.

22 Pour rappel, le droit de la régulation est le résultat de la transformation du rôle de l'État dans l'économie dans les années 1970-90 (passage d'un État interventionniste à un État régulateur). La régulation économique a pour objet la construction de marché là où il n'en existait pas, c'est-à-dire les secteurs techniques spécifiques ouverts à la concurrence (gaz, électricité, télécommunications, services postaux, etc.). Le rôle des autorités de régulation (autorités administratives indépendantes généralement) est d'assurer le bon fonctionnement de ces marchés.

23 DE JUVIGNY (B.), « La compliance, bras armé de la régulation », *loc. cit.*

24 ZOLINSKY (C.), « Compliance et droit des données personnelles », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 130.

25 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 27.

26 FRISON-ROCHE (M-A.), « Le Droit de la compliance », *op. cit.*

27 RODA (J-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 235.

28 KOEHLER DE MONTBLANC (M.), « Exigence de conformité », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.

ont eu pour conséquence un renforcement de la compliance.

Progressivement, « *un peu comme un virus* »<sup>29</sup> pour reprendre l'expression de Marie-Anne Frison-Roche, le phénomène compliance s'est étendu, au delà des secteurs régulés, à d'autres branches du droit et aux opérateurs économiques de différents secteurs d'activités sur le marché. Yves Perrier explique qu'avec la compliance on perçoit clairement la « *prévalence de l'approche anglo-saxonne [...] en matière de régulation européenne* »<sup>30</sup>. Florence Creux-Thomas a ainsi été amenée à se demander si « *nul n'est censé ignorer la compliance ?* »<sup>31</sup>. Aujourd'hui, la compliance intervient, généralement sous forme d'obligation légale, dans le droit financier, la protection des données personnelles, la lutte anticorruption, la protection de la propriété intellectuelle, le respect de l'environnement, la gestion des conflits d'intérêts, le respect des droits de l'homme, etc.

Toutefois, il convient de noter que le droit français est « *longtemps resté réfractaire à l'idée de compliance et à ce que cette idée implique – importe ? - de changements* »<sup>32</sup>. Antoine Gaudemet l'explique par son éloignement de la culture juridique française<sup>33</sup>, laquelle est fondée sur la notion de légalité c'est-à-dire qu'il existe des règles pour organiser les comportements et les interdictions par la menace d'une sanction si ces règles sont enfreintes. Cela ne correspond donc pas à l'état d'esprit de la compliance qui met l'accent sur l'efficacité des mécanismes internes pour gérer ces risques d'infractions. Cette réticence s'explique également par l'intervention longtemps accordée à l'État dans l'économie, alors qu'en Amérique le marché est placé au centre des préoccupations politiques. Pourtant, force est de constater que la compliance prend une part de plus en plus importante au sein des entreprises en France, mais aussi dans l'Union européenne ainsi que, plus largement, dans le monde. Néanmoins, nous verrons que certaines spécificités subsistent dans l'Union européenne, rendant potentiellement le programme de compliance moins efficace.

Désormais, les entreprises ne peuvent plus se contenter de déclarer qu'elles n'adoptent pas des comportements illégaux. Quand bien même les entreprises n'adoptent pas un comportement répréhensible, les auteurs précisent que « *les entreprises qui sont en position de puissance [ont pour] obligation d'atteindre des buts de sécurité au bénéfice du groupe social dont l'État a la charge* »<sup>34</sup>. Elles doivent être *compliantes*, c'est-à-dire, pour reprendre les explications de Daniel Tricot, « *démontrer que l'on a pris les mesures nécessaires pour que personne, dans l'entreprise, ne*

---

29 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 25.

30 PERRIER (Y.), « « Diplomatie » de la compliance et de la régulation », in FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, *op. cit.*, p. 95.

31 CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, 2011, n° 4, p. 69.

32 GAUDEMET (A.), « Introduction », *op. cit.*, p. 10.

33 GAUDEMET (A.), « Conclusion », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 251.

34 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 31.

*se livre à de tels errements et qu'à défaut, on sait sanctionner pour ne pas devenir complice »<sup>35</sup>.*

Les programmes de compliance sont envisagés de manière sectorielle en fonction des différents domaines dans lesquels ils ont vocation à s'établir. De plus, ils ne sont pas tous envisagés de la même manière par les États. Ainsi, sous un même terme, la compliance renvoie à des pratiques différentes selon les domaines. L'intérêt sera ici porté aux fonctions des programmes de compliance en droit de la concurrence au sein des entreprises.

## **§ 2 - Problématisation de la compliance dans le contexte du droit de la concurrence**

Cette recherche prend comme point de départ le document-cadre de 2012 de l'Autorité de la concurrence (ADLC)<sup>36</sup> sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Plusieurs choses ont attiré mon attention. Premièrement, ce qui m'a intrigué dans ce phénomène est que les entreprises affirment s'engager dans une démarche de respect du droit de la concurrence alors qu'il est question de respecter la loi et que, par conséquent, ça ne devrait pas être une option. En d'autres termes, des entreprises se targuent de désormais respecter la réglementation alors qu'elles ne le faisaient pas forcément auparavant. Il faut dès à présent avoir à l'esprit que la compliance n'est pas exempte de critique et que si la compliance se justifie pour le fonctionnement technique des marchés, *« elle touche très vite ses limites quand elle vise le comportement des acteurs : la vocation du réglementaire n'est pas de contraindre à la vertu »<sup>37</sup>*. Deuxièmement, il s'agit, *a priori*, d'un phénomène récent. Troisièmement, la mention du fait que les entreprises peuvent obtenir une réduction de sanction en contrepartie de la mise en place de tels programmes m'a fait penser aux procédures négociées en droit de la concurrence de l'Union européenne et dont les bénéficiaires sont autant les entreprises que les autorités de concurrence. J'ai donc voulu en savoir davantage sur le but et le contenu de ces programmes. Quatrièmement, j'ai voulu comprendre pourquoi, en 2017, l'ADLC a retiré son document-cadre au travers d'une décision sans plus d'explication. Enfin, j'ai voulu élargir la recherche au niveau de l'Union européenne.

Il faut savoir que les manuels de droit de la concurrence ne comportent pas de partie dédiée à la conformité ou à la compliance. En revanche, de nombreux articles de doctrine dans les revues juridiques y sont consacrés, que ce soit sur les ressources en ligne de la faculté ou dans les revues papier. J'ai cherché les articles parlant de la compliance et des programmes de compliance en droit

---

35 TRICOT (D.), « Avant propos », *loc. cit.*

36 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 2012.

37 PERRIER (Y.), « « Diplomatie » de la compliance et de la régulation », *loc. cit.*

de la concurrence dans les revues juridiques des ressources en lignes suivantes : Lamyline, Dalloz, Cairn, Lexis Nexis, Lextenso. J'ai également consulté des revues juridiques papier comme la revue Concurrences et la Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires ainsi que des ouvrages collectifs sur le thème de la compliance. Ainsi, j'ai pu comprendre la différence entre conformité et compliance, découvrir que ce « phénomène compliance » est plus large que le droit de la concurrence et qu'il n'est pas restreint à la France, ni aux États membres de l'Union européenne. J'ai ensuite comparé les différents points de vue des praticiens et chercheurs en la matière pour faire ressortir les différentes problématiques du sujet. Ensuite, j'ai cherché à établir et comparer différentes positions jurisprudentielles et positions des autorités de concurrence de différents pays (France, instances de l'Union européenne, États-Unis, Canada, Italie, Royaume-Uni, Allemagne, Australie). J'ai également, sur le sujet, consulté des rapports d'organisations internationales, des articles sur internet ainsi que visionné des colloques. Mes recherches ont nécessité quelques lectures en dehors du droit de la concurrence pour comprendre la compliance dans son ensemble, mais la majorité d'entre elles sont restées cantonnées au droit de la concurrence. En outre, force a été de constater que de nombreux articles en droit de la concurrence datent d'entre 2008 et 2015. Les développements qui suivent permettront de comprendre pourquoi.

Ces recherches ont été articulées sur un index organisé autour des grandes idées qui seront analysées par la suite.

Il est ressorti de mes recherches que se concentrer sur les programmes de compliance au droit de la concurrence présente un intérêt pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la raison de l'apparition de la compliance pour ce droit n'est pas due, comme dans de nombreux domaines, à la prolifération des normes. C'est un droit stable qui structure de nombreux comportements dans l'entreprise par l'encadrement de leurs activités et leurs prises de décisions commerciales que ce soit en matière de politique de prix, de stratégie de vente ou encore de choix des canaux de distribution.

En deuxième lieu, en droit de la concurrence, la compliance n'a pas la même implication qu'en matière bancaire où la réglementation impose aux institutions financières de collecter diverses informations sur leurs clients à travers la méthode « *know your customer* »<sup>38</sup>. Cette différence tient aux fonctions différentes de ces deux droits.

En troisième lieu, malgré ce qui a été exposé ci-dessus, c'est bien en droit de la concurrence que les premiers programmes de compliance sont apparus<sup>39</sup>. Plus encore, Morgan Carbonnel précise

---

38 LASSERRE (B.), « Concurrence et bien public à travers la compliance », in FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance, op. cit.*, p. 36.

39 FRISON-ROCHE (M-A.), *Droit de la compliance : livret de séminaire – semestre d'automne 2016*,

qu'avec le caractère pénal du droit *antitrust* des États-Unis ainsi que des sanctions significatives prononcées à l'égard des opérateurs économiques, la compliance « *a pris son véritable envol* »<sup>40</sup>. Pourtant, c'est un des rares domaines dans lequel il ne s'agit pas d'une obligation légale mais où les entreprises sont « simplement » incitées à internaliser les règles de concurrence dans la définition de leurs stratégies commerciales. Il revient aux seules entreprises d'adopter, *a priori* volontairement, des programmes de compliance afin de ne pas commettre ou réitérer un comportement anticoncurrentiel et donc de prévenir les sanctions pécuniaires.

En quatrième lieu, il est toujours question de prévenir les risques mais également de rendre plus efficaces ces règles afin que, dans leurs relations économiques, la concurrence entre les opérateurs soit libre et loyale. Traditionnellement, c'est aux autorités de concurrence de s'assurer que ce droit remplisse cette fonction. Les programmes de compliance en droit de la concurrence prétendent prévenir la commission d'infraction anticoncurrentielle ou, le cas échéant, de l'identifier afin de permettre à l'entreprise de réagir. Par le biais de cette surveillance, l'objectif affiché est l'instauration d'une culture de la concurrence. Toutefois, la culture de la concurrence est une formule assez floue sur laquelle il conviendra de revenir.

Par ailleurs, en affinant les recherches, il ressort que le mécanisme de la compliance au droit de la concurrence est porteur de différentes évolutions. C'est ce qui explique que les autorités de concurrence ont clairement un intérêt marqué pour le développement de ces programmes. En effet, ces derniers semblent leur permettre de rendre le droit de la concurrence plus attractif. Le rôle de ces autorités évolue sous l'influence de la compliance car elles ne se contentent plus de réprimer *a posteriori*. Elles conseillent les entreprises sur la façon de se conformer avec pour ambition que les entreprises commettent moins d'infraction car la répression ne suffit pas à l'empêcher. Il s'agit d'une forme de renouvellement des modes d'action des autorités de régulation.

Il n'est pas possible de savoir à première vue quel est l'objectif réel des programmes de compliance en droit de la concurrence. En effet, plusieurs interrogations sont apparues au fil des recherches : les programmes de compliance sont-ils efficaces ? En quoi peuvent-ils l'être ? Quel est leur but réel en droit de la concurrence ? Qui a le plus de légitimité pour mesurer l'efficacité d'un tel programme, l'entreprise ou l'autorité de régulation ? Sur quelles bases ? Pourquoi une telle évolution vers cette régulation *ex ante* en droit de la concurrence ? L'approche anglo-saxonne est-elle adaptée au système de compliance européen ? Les programmes de compliance ne comportent-ils pas des

---

<http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-compliance-livret-de-cours-semester-da/>.

40 CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (première partie – l'essor des programmes de mise en conformité au droit français de la concurrence) », *Revue concurrentialiste*, 2013.

risques pour les entreprises ? Par ailleurs, si chaque entreprise édicte ses programmes, qu'en est-il de l'exigence d'une loi identique pour tous ? Ces interrogations guident le contenu de ce mémoire de recherches, avec pour objectif de déterminer si, finalement, les entreprises sont contraintes par le développement de ces programmes de compliance.

Enfin, si les États membres de l'Union européenne ont importé la technique juridique des programmes de compliance du droit *antitrust* américain, des difficultés et des divergences persistent. Ce sont autant de difficultés qui font blocage à une vision de la compliance plus forte et commune à l'échelle de l'Union européenne. Les autorités nationales de la concurrence mais également les entreprises elles-mêmes n'ont pas la même vision des fonctions des programmes de compliance.

Il faut noter que, pour des raisons pratiques, le point de vue de la France, qui s'apparente en grande partie à celui de l'Union européenne, sera davantage étudié. Cela nécessitera également une comparaison globale, notamment avec l'approche outre-Atlantique, permettant ainsi d'éclairer le mouvement actuel en droit de l'Union européenne.

Dès lors, il s'agit d'établir en quoi les programmes de compliance en droit de la concurrence sont un outil de la régulation concurrentielle tout en étudiant ces objectifs au regard de ces difficultés afin de déterminer s'ils sont adaptés au cadre juridique du droit de la concurrence de l'Union européenne.

Marie-Anne Frison-Roche explique que la compliance n'est pas « *une bombe envoyée par les Américains pour anéantir l'Europe [...] c'est une façon de voir les choses qui vient de loin [...] qu'il faut avant tout comprendre* »<sup>41</sup>. Il est donc nécessaire de concevoir ce qu'implique un programme de compliance en droit de la concurrence pour établir que son objectif premier doit être avant tout la prévention (Partie I). Ce cadre de la compliance permettra ensuite d'évoquer que, bien plus que de prévenir les infractions anticoncurrentielles, l'objectif est d'instaurer une culture de la concurrence et que, pour ce faire, des évolutions en droit de l'Union européenne paraissent encore nécessaires (Partie II).

---

41 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 23.

## **Partie I - Le programme de compliance : un dispositif en apparence préventif et volontaire**

Pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, les entreprises sont incitées de différentes façon à adopter des programmes de compliance dans un but préventif (Chapitre I). Toutefois, force est de constater qu'elles ont en réalité davantage tendance à les établir de manière curative en réaction à une telle pratique (Chapitre II).

### **Chapitre I - Les incitations positives à la mise en place d'un programme de compliance**

Afin de mieux appréhender les programmes de compliance en droit de la concurrence, il est nécessaire de rappeler l'apparition et les enjeux de la conformité en la matière (Section I). Une distinction entre la conformité et la compliance est volontairement faite pour le début de cette première partie. En effet, les entreprises ont d'abord eu une démarche de conformité aux règles de concurrence, avant d'adopter une démarche de compliance. Par la suite, les autorités de concurrence se sont emparées du sujet afin d'en promouvoir l'intérêt auprès des entreprises européennes (Section II).

#### **Section I - La progressive apparition de la compliance en droit de la concurrence**

La compliance en droit de la concurrence est apparue pour différentes raisons qui finalement se recourent en ce qu'il s'agit avant tout de prévenir les conséquences du non-respect de ce droit (§1), expliquant ainsi que les autorités de concurrence encouragent les entreprises à adopter des programmes de compliance (§2).

##### **§ 1 - Les raisons de la compliance en droit de la concurrence**

Depuis que le contrôle des comportements anticoncurrentiels se fait *a posteriori* par les autorités de concurrence (A), les sanctions pécuniaires (B) susceptibles d'être imposées peuvent s'avérer désastreuses pour les entreprises (C). C'est pourquoi, les entreprises ont commencé à établir des programmes de compliance (D) afin de prévenir les risques découlant de la nature du droit de la concurrence (E).

## A- D'un contrôle a priori à un contrôle a posteriori des pratiques potentiellement anticoncurrentielles

Au sein de l'Union européenne, les entreprises ont pris en compte l'importance du droit de la concurrence de manière « *graduelle* »<sup>42</sup>. En effet, les ententes et les abus de position dominante sont expressément prohibés depuis les Traités de Rome entrés en vigueur en 1958. Cependant, d'après les informations de l'Autorité de la concurrence, jusque dans les années 1980-1990, les entreprises n'ont pas véritablement intégré ces interdictions dans leur politique commerciale, en particulier s'agissant des ententes<sup>43</sup>. Les pratiques anticoncurrentielles étaient plus le résultat de la négligence de leur part que d'un comportement délibéré. De plus, aucun processus n'avait été mis en place pour sanctionner ces interdictions avant l'adoption du règlement d'application n°17/62<sup>44</sup>. Un premier changement est apparu avec l'instauration de ce règlement. Conformément à son système de notification préalable, les pratiques envisagées par les entreprises sur le marché faisaient l'objet d'un contrôle *a priori* par la Commission européenne qui avait alors la compétence exclusive pour les autoriser ou non. Ainsi, la conformité du comportement des entreprises aux règles de concurrence relevait principalement de cette compétence. Toutefois, faute de réels moyens, ce régime centralisé ne permettait pas de condamner les cas de non-conformité les plus graves<sup>45</sup>. Au demeurant, pour les entreprises, l'avocate Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié fait remarquer que ces infractions au droit de la concurrence étaient « *moins graves que les malversations financières, le blanchiment, la corruption dans le commerce international* »<sup>46</sup>.

C'est avec l'adoption du règlement n°1/2003<sup>47</sup> que les entreprises ont pris conscience de l'utilité d'instaurer des mécanismes internes visant à éviter la commission d'infractions aux règles de concurrence<sup>48</sup>. Depuis cette période, le régime d'application du droit de la concurrence de l'Union européenne est décentralisé entre la Commission européenne, les autorités nationales de concurrence (ANC) ainsi que les juridictions nationales. De plus, le contrôle du comportement des entreprises sur le marché se déroule *a posteriori*. Bruno Lasserre, ancien président de l'Autorité de la concurrence, souligne que, depuis, il revient aux seules entreprises de s'assurer de la conformité

---

42 FOURGOUX (J-L.), « L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 6, 2012, 66, p. 45.

43 ADLC, Brochure « 25 ans », p. 43. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/livre\\_25ans.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/livre_25ans.pdf)

44 Règlement (CEE) n° 17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (actuellement articles 101 et 102), JOCE n° 013 du 21 février 1962, p. 204-211.

45 LASSERRE (B.), « Concurrence et bien public à travers la compliance », *op. cit.*, p. 35.

46 DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « La mise en place d'un programme de compliance : le point de vue du praticien », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 72.

47 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n° L 001 du 04 janvier 2003, p. 1-25.

48 ADLC, Brochure « 25 ans », *loc. cit.*

de leur comportement sur le marché<sup>49</sup>. De la sorte, Xavier Hubert, Directeur Ethics, Compliance and Privacy chez Engie, relève « *qu'on est passé d'un système d'autorisation préalable critiquable mais qui était, en réalité, confortable juridiquement à un système de contrôle a posteriori, plus souple a priori, plus compliqué à gérer a posteriori* »<sup>50</sup>. Ainsi, et depuis le début des années 2000, les entreprises ont commencé à élaborer des documents internes dans le but d'attirer l'attention de leurs salariés sur l'importance du respect des règles de concurrence<sup>51</sup>. De plus, cette évolution a amené un nouveau mode d'intervention des ANC qui encadrent désormais les comportements des entreprises en les éclairant sur les éléments du droit de la concurrence et en recommandant certaines pratiques ou en posant des limites.

Toutefois, il faut noter que, encore en 2011, un rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) mentionnait que le respect du droit de la concurrence n'a pas la même importance, pour les entreprises, que le respect d'autres domaines du droit tel que la santé, la protection de l'environnement ou encore la sécurité<sup>52</sup>. Ce facteur peut être de nature à réduire leurs engagements de conformité en la matière. Néanmoins, dans l'ensemble et depuis un certain nombre d'année maintenant, la contrainte concurrentielle est reconnue comme permettant l'innovation, la compétitivité, la performance des entreprises ainsi que le fonctionnement optimal des marchés. Cecilio Madero, directeur général adjoint à la Direction Générale de la concurrence (DG Concurrence) de la Commission européenne, affirme que « *la concurrence est un ingrédient de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi. Une concurrence non faussée aide à la protection des consommateurs et porte la croissance économique* »<sup>53</sup>. Par conséquent, les opérateurs économiques ont réalisé que l'adoption d'un programme de compliance permet de renforcer la poursuite de ces objectifs.

D'autres facteurs expliquent l'intérêt croissant que les entreprises portent aux programmes de compliance.

---

49 LASSERRE (B.), « Concurrence et bien public à travers la compliance », *op. cit.*, p. 36.

50 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, <https://www.youtube.com/watch?v=LuNK1THzBE8>, 16 min 50.

51 ARCELIN- LÉCUYER (L.), « Les stratégies volontaires d'anticipation du risque concurrentiel », *Lamy droit des affaires*, n° 91, 2014.

52 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, Policy roundtables, 2011.

53 BENABOU (V.), DE BEAUFORT (V.), « A quoi sert la concurrence ? », *Concurrences*, 2015, n° 1.

## B- L'alourdissement des amendes

Les autorités de concurrence ont appliqué les règles de concurrence de manière plus effective afin de promouvoir la conformité à ces règles. En lien avec la décentralisation du droit de la concurrence de l'UE et la mondialisation de l'économie, un phénomène de convergence des législations garantissant le libre jeu de la concurrence a eu lieu<sup>54</sup>. Aujourd'hui, plus de 140 pays<sup>55</sup> ont adopté des règles de concurrence applicables de manière presque similaire, interdisant les ententes et différents comportements des entreprises qui affectent la concurrence au niveau national et international. Ainsi, il est certes possible d'affirmer que « *pour une entreprise diversifiée, implantée sur de multiples territoires avec des cultures différentes, il est difficile d'être « conforme » sur tous les sujets, partout dans le monde* »<sup>56</sup>. Cependant, s'agissant du droit de la concurrence, cela ne paraît donc pas si compliqué, à première vue.

Cette convergence des règles *antitrust* est passée par la création, au niveau de l'Union européenne, du Réseau Européen de Concurrence (REC) et, au niveau mondial, du Réseau international de la concurrence (RIC) regroupant les différentes autorités de régulation en la matière. Ces dernières se sont donc renforcées et ont développé une politique répressive et dissuasive. Les entreprises contrevenantes peuvent se voir infliger des sanctions pécuniaires importantes qui peuvent chiffrer jusqu'à plusieurs centaines de millions d'euros. Le montant de ces amendes a augmenté partout dans le monde, particulièrement au niveau de l'Union européenne et, par suite, au niveau des différents États membres<sup>57</sup>. Les statistiques de l'OCDE montrent en effet une augmentation considérable, ces trente dernières années, des sanctions pécuniaires infligées dans les affaires d'ententes<sup>58</sup>. Au sein de l'Union européenne, le montant des amendes peut atteindre, pour chaque entreprise, jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial au cours de l'exercice social précédent<sup>59</sup>. À titre d'illustration, en 2016, la DG Concurrence de la Commission européenne a infligé une sanction pécuniaire d'un montant total de 2,93 milliard d'euros à des constructeurs de camions pour avoir pris part à une entente<sup>60</sup>. Plus récemment, elle a imposé à Google une amende de 4,34 milliards d'euros pour abus de position dominante concernant les appareils mobiles Android<sup>61</sup>. De plus, la publicité nuisible y étant attachée

---

54 LAGARDE (C.), « Interview – Christine Lagarde : Le Ministre-avocat de la concurrence », *Concurrences*, 2008, n° 4, p. 8.

55 ICC, *La conformité aux règles de concurrence – une affaire de bon sens*, 2013, p. 1.

56 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

57 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.), (dir.) *Risque juridique et Conformité – Manager la compliance*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, p. 98.

58 WEST (J.), « Document de réflexion », in OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 45.

59 Règlement (CE) n° 1/2003, *op. cit.*, art. 23.

60 Commission UE, Communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige une amende de 2,93 milliard d'euros à des constructeurs de camions pour avoir participé à une entente*, 19 juillet 2016, IP/16/2582.

61 Commission UE, Communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une*

s'est amplifiée. Le public est ainsi également sensibilisé aux conséquences des pratiques anticoncurrentielles.

De la sorte, la professeure de droit Emmanuel Claudel affirme que « *si l'on devait associer un mot au droit de la concurrence, ce pourrait être celui de sanction, tant il apparaît consubstantiel* »<sup>62</sup>.

L'adjoint au procureur général de la division *antitrust* aux États-Unis, Brent Snyder, explique que cette politique dissuasive est nécessaire étant donné que les autorités chargées d'appliquer les règles *antitrust* ne peuvent pas arrêter l'infraction avant qu'elle ne commence. Pour sa part, le commissaire européen à la concurrence Joaquin Almunia affirme que l'objectif de la politique de concurrence n'est pas d'imposer des amendes élevées mais plutôt de ne pas avoir besoin d'en percevoir<sup>63</sup>. De ce fait, l'objectif de la politique de concurrence est de pousser les opérateurs économiques à la conformité de leur pratique. C'est pourquoi, les entreprises ont recours à la mise en œuvre de programmes de compliance.

Les programmes de compliance empêchant la réalisation des violations du droit de la concurrence sont un moyen qui, par la prévention des amendes importantes, permettent d'entretenir l'image de l'entreprise.

### **C- La volonté de préservation de l'image et de la réputation de l'entreprise**

Avant même qu'une amende soit infligée, les enquêtes sont coûteuses. Les autorités de concurrence disposent d'importants moyens d'enquête pour détecter des pratiques anticoncurrentielles, y compris celles par négligence. En effet, elles peuvent avoir accès à l'ensemble des documents papier ou numériques se trouvant dans les locaux de l'entreprise.

De plus, l'avocate Edith Baccichetti précise qu'à ces sanctions pécuniaires s'ajoutent, les actions en dommages et intérêts que peuvent intenter les personnes publiques et privées, victimes d'une pratique anticoncurrentielle condamnée, pour obtenir la réparation de leur préjudice<sup>64</sup>. En outre, le non-respect du droit de la concurrence constitue une infraction pénale dans certains États membres de l'Union européenne ainsi qu'aux États-Unis. Des sanctions pénales ou des interdictions d'exercer peuvent donc également être prononcées à l'encontre des personnes impliquées dans l'infraction.

---

*amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche*, 18 juillet 2018, IP/18/4581.

62 CLAUDEL (E.), « Les sanctions en droit de la concurrence », in CHENAIS (C.), FENOUILLET (D.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1., *La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 425.

63 ALMUNIA (J.), *Compliance and competition policy*, BusinessEurope & US Chamber of Commerce. Competition conference Brussels, 2010, SPEECH/10/586.

64 BACCICHETTI (E.), « Les programmes de conformité en droit de la concurrence », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2012, n° 6, p. 52.

Des lignes directrices réalisées par le lobby BusinessEurope insiste sur le fait que de nombreux cadres européens sont emprisonnés aux États-Unis pour pratiques anticoncurrentielles<sup>65</sup>. Au surplus, ces comportements anticoncurrentiels peuvent aboutir à une exclusion des aides d'État (légal) et/ou des marchés publics. Les conséquences préjudiciables d'enquête relative à des pratiques anticoncurrentielles, que l'entreprise soit déclarée coupable ou non, sont donc nuisibles pour l'entreprise que ce soit en terme d'atteinte à son image ou à sa réputation vis-à-vis des clients, des employés et des actionnaires. Tout cela se répercute *in fine* sur ses résultats, voire même sur son cours de bourse<sup>66</sup>. Il n'est pas non plus nécessaire de revenir sur la perte de temps et d'argent considérable qu'entraîne un litige en la matière.

Pour toutes ces raisons, les entreprises, tout du moins d'abord les grandes entreprises, ont pris conscience que la non-conformité aux lois *antitrust* est un risque important. Ainsi, étant donné que « *la peur engendre le besoin de sécurité* »<sup>67</sup>, le respect des règles édictées par le droit de la concurrence est désormais une priorité pour les entreprises. Ces dernières sont passées d'une approche où elles peuvent se conformer, à une approche où elles doivent le faire. La mise en place de programmes de compliance par les entreprises s'est alors développée car ils permettent d'anticiper la réalisation de ces risques. En réalité, l'avocat Jean-Louis Fourgoux met en avant qu'il ne s'agit pas de « *l'empreinte de la vertu, mais plutôt d'un choix calculé pour échapper à des sanctions tout en menaçant les concurrents* »<sup>68</sup>. De cette façon, le droit devient un outil stratégique permettant aux acteurs économiques de gérer les risques.

## **D- La volonté de prévenir les différents risques liés au droit de la concurrence**

Les risques que les entreprises peuvent rencontrer proviennent de la nature même du droit de la concurrence qui apparaît compliqué (1), ce qui explique que des risques de non-conformité demeurent (2).

### ***1) La complexité du droit de la concurrence***

La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) reconnaît qu'une des explications de l'adoption d'infractions au droit de la concurrence par les

---

65 BusinessEurope, *Making sense of competition law compliance – a practical guide for SMES*, 2017, p. 7.

66 TROCHON (J-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *RD aff. Int.*, 2007, n° 5, p. 676.

67 FOURGOUX (J-L.), *op. cit.*, p. 51.

68 FOURGOUX (J-L.), *ibid.*

entreprises est le manque de culture du respect de ces normes, accentué par « *un environnement économique complexe et mouvant* »<sup>69</sup>. Au delà même des deux interdictions générales d'entente et d'abus de position dominante, beaucoup de concepts utilisés pour l'application du droit de la concurrence ont un contenu et une portée juridique assez confus. À titre d'illustration, les notions d'entreprises, de jeu normal de la concurrence ou encore de marché peuvent être compliquées à appréhender pour les acteurs économiques. Or, pour maîtriser un risque, il convient tout d'abord de maîtriser la norme de droit<sup>70</sup>. Toutefois, mises à part les infractions les plus notoires comme les cartels, l'entreprise peut rencontrer des difficultés pour s'assurer du caractère licite d'une pratique avec le libre jeu de la concurrence. Ainsi, par exemple, savoir quelles informations sont susceptibles d'être échangées avec les concurrents, sans enfreindre les règles en la matière, peut paraître « *horriblement compliqué* »<sup>71</sup>. Il en résulte une certaine insécurité juridique pour l'entreprise ; surtout qu'il paraît assez dur de restreindre au minimum ses échanges d'informations. En outre, les effets éventuellement pro-concurrentiels d'une pratique anticoncurrentielle sont, en pratique, difficiles à établir. D'où l'utilité d'informer ses employés par le biais d'un programme de compliance afin qu'ils puissent distinguer les comportements commerciaux légaux de ceux qui sont illégaux. C'est d'autant plus utile que l'ignorance de cette illégalité ne peut justifier une violation du droit. Il s'agit d'un point important car BusinessEurope a mis en avant que, contrairement à une croyance commune, les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas décidées par des conspirationnistes la nuit. Généralement, ces pratiques se mettent en place dans le quotidien d'une entreprise sans que les personnes ne sachent forcément que le droit de la concurrence s'applique ainsi<sup>72</sup>.

On perçoit ici que ce dispositif de compliance ne peut simplement se contenter d'indiquer les interdits sans les expliciter un minimum. Sur ce point, une note du secrétariat de la CNUCED souligne que les entreprises sont davantage enclines à transgresser les règles dont les obligations posent des difficultés de compréhension<sup>73</sup>. De même, une étude menée par la London School of Economics pour l'Office of Fair Trading (OFT, le bureau de la concurrence au Royaume-Uni), en 2011, établit que la non-conformité au droit de la concurrence résulte principalement de la méconnaissance de la loi<sup>74</sup>.

---

69 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, TD/B/C.I/CLP/39, 2016, p. 9.

70 PRUNET (F.), « *La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence* », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 354, p. 21.

71 Europe Economics, *État des lieux et perspectives des programmes de conformité - Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence*, 2008, p. 16.

72 BusinessEurope, *op. cit.*, p. 8.

73 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *loc. cit.*

74 OFT, *The impact of competition interventions on compliance and deterrence*, *Final Report*, 2011.

En droit de la concurrence, ce risque n'est donc pas dû, comme dans les autres domaines, à la multiplication des normes. En effet, nous avons vu ci-dessus que le droit de la concurrence est relativement uniforme et repose sur les mêmes bases dans les différents pays. Il est davantage question d'appréhender un droit assez complexe et applicable au quotidien aux entreprises.

Le caractère délicat de ce droit résulte de plusieurs facteurs. En premier lieu, certains font remarquer que ce droit repose sur une dichotomie qui n'est pas fréquente pour des infractions<sup>75</sup>. En deuxième lieu, la formulation des deux interdictions de base est simple, générale et, pour ce qui concerne l'Union européenne, n'a pas changé depuis près de soixante ans. En revanche, l'examen des comportements en question s'avère beaucoup plus délicat, que ce soit pour l'entreprise ou pour l'autorité de concurrence elle-même. En troisième lieu, bien que les différentes législations *antitrust* reposent sur les mêmes principes, un rapport du secrétariat de la CNUCED signalent que « *dans des environnements différents, le régime de la concurrence sera nécessairement conçu de façon différente* »<sup>76</sup>. En quatrième lieu, ce droit est la transposition de la théorie économique selon laquelle la concurrence présente un certain nombre d'avantages mentionnés dans la sous partie précédente, donc il faut la protéger. C'est ce qui explique, selon le professeur Frédéric Jenny, que la notion de concurrence ne soit pas définie dans les textes juridiques, mais dans la théorie économique<sup>77</sup>. Cela s'explique notamment par le caractère politique de la matière qui traduit « *en termes juridiques des éléments de politique économique et industrielle* »<sup>78</sup>. De la sorte, des règles de concurrence différentes d'un pays à un autre peuvent s'appliquer dans un même cas, et un comportement illégal peut être légal dans un environnement concurrentiel différent. Luc-Marie Augagneur explique que cette complexité du droit de la concurrence résulte donc du fait qu'il se définit par sa finalité économique « *plutôt que par un dispositif logique comprenant des principes, des exceptions et des conditions* »<sup>79</sup>. Or, cette finalité change nécessairement selon les périodes et les États, alors que les règles générales restent inchangées. Le programme de compliance a un but inverse en ce qu'il doit être adapté à la situation particulière de l'entreprise pour atteindre la finalité économique que représente le respect du libre jeu de la concurrence. C'est une forme d'autorégulation pour l'entreprise qui devient de plus en plus indispensable pour la survie de l'entreprise.

---

75 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », in OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 289.

76 CNUCED, *Fondements de l'efficacité des organismes chargés de la concurrence*, TD/B/C.I/CLP/8, 2011.

77 JENNY (F.), « Pour une réforme du droit de la concurrence », <https://www.youtube.com/watch?v=8XcK7cykDII>, 0 min 55.

78 PRUNET (F.), « L'information des acteurs du marché permet-elle d'instaurer une confiance suffisante ? », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 1.

79 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », op. cit., p. 33.

Néanmoins, ce caractère complexe du droit de la concurrence est à nuancer puisque des études ont montré que les responsables savent lorsqu'ils sont en infraction et font partie d'une entente secrète<sup>80</sup>, tout du moins depuis que ce droit est mieux connu des entreprises.

Pour reprendre les mots de Benedict Kingsbury, la compliance est finalement un concept insaisissable<sup>81</sup>. Pour lui, il ne s'agit pas d'une simple corrélation des comportements avec les règles juridiques. Il estime que, dans la pratique internationale, la conformité et la non-conformité ne sont pas dans un rapport binaire car les circonstances entourant les comportements individuels peuvent induire différents degrés de conformité à la règle<sup>82</sup>. C'est pourquoi des pratiques non conformes subsistent.

## 2) *La persistance des facteurs de non-conformité*

Des facteurs de non-conformité persistent au sein des entreprises. D'abord, comme évoqué auparavant, Philip Mardsen met en avant que certaines d'entre elles peuvent ne pas connaître l'ensemble des problématiques liées au droit de la concurrence<sup>83</sup>. Pour y remédier, les programmes de compliance constituent une solution. Ensuite, à l'inverse, d'autres entreprises peuvent être conscientes des risques de non-conformité mais comparer le montant des amendes qui peuvent potentiellement leur être infligé avec les bénéfices tirés des surcoûts illégaux. Il se peut donc que l'« *intérêt supérieur de l'entreprise* »<sup>84</sup> ne corresponde pas totalement à celui des salariés. Ainsi, ces derniers pourraient participer à une entente pour que l'entreprise engendre plus de bénéfices tout en sachant que, par la suite elle risque une amende. C'est ce que l'Autorité de la concurrence et des marchés au Royaume-Uni appelle les « *employés-voyous* »<sup>85</sup>. La Commission européenne met en évidence que la majorité des enquêtes de concurrence portent sur des pratiques illicites encouragées par les hauts responsables des petites comme des grandes entreprises. Il semble normal pour certaines entreprises, dans le but d'optimiser leurs recettes, de violer les règles élémentaires régissant leur activité<sup>86</sup>. Ainsi, le professeur de droit de la concurrence Andreas Stephan en 2011

---

80 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 290.

81 KINGSBURY (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », 19 *Michigan Journal of International Law*, 1998, p. 345-372 ; cité dans CNUCED, *Compilation of the contributions submitted for conference*, 2010.

82 *Ibid.*

83 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 360.

84 WEST (J.), « Document de réflexion », *op. cit.*, p. 52.

85 OFT, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, 2010 : cité dans CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 10, note de bas de page 46.

86 Commission UE, *Compliance matters, What companies can do better to respect EU competition rules*, 2013.

explique qu'après le cartel auquel a participé British Airways et pour lequel cette entreprise a été condamné, l'un des hauts cadres a été promu alors même qu'il était poursuivi pénalement aux États-Unis<sup>87</sup>. Dans le même ordre d'idée, l'avocat en droit de la concurrence Joseph Vogel évoque « *l'intérêt inversement proportionnel entre l'intérêt pour l'entreprise et l'amende* »<sup>88</sup>. Il prend l'exemple d'entreprises qui, pour se rassurer, s'échangent des informations alors même que ces pratiques sont condamnées par les autorités de concurrence. Ces dernières ont déjà sanctionné des entreprises à des amendes pouvant s'élever à 200 millions d'euros pour échanges d'informations alors que ces échanges « *ne servaient à rien, juste à rassurer [...] et [que] personne ne respecte les hausses de prix qui sont évoqués* »<sup>89</sup>. Pour éviter cela et y remédier, un programme de compliance peut permettre de détecter plus facilement si des personnes au sein de l'entreprise ont ce type de comportement.

La prise de conscience de l'importance des risques juridiques de non-conformité a entraîné la mise en place des programmes de compliance au sein des opérateurs économiques. Les pouvoirs publics se sont ensuite saisis de ces outils, rendant ainsi « *la compliance aussi indispensable que plus difficile encore à mettre en oeuvre* »<sup>90</sup>.

## § 2 - L'apparition des programmes de compliance en droit de la concurrence

L'origine des programmes de compliance en droit de la concurrence est généralement située dans les années 1980<sup>91</sup> suite aux scandales de l'industrie de défense américaine<sup>92</sup>. Cependant, Joseph Murphy relève que leur origine remonte plutôt aux années 1950-1960 suite aux affaires d'ententes anticoncurrentielles dans le secteur des équipements électriques<sup>93</sup>. Il explique qu'à cette époque General Electric a été impliqué dans la première affaire retentissante de droit pénal de la concurrence et a conçu un programme de conformité afin que cela ne se renouvelle plus. Ainsi, ce sont d'abord les grandes entreprises installées dans plusieurs pays, principalement aux États-Unis,

---

87 STEPHAN (A.) [2011], « The Battle for Hearts and Minds: The Role of the Media in Treating Cartels as Criminal », in BEATON-WELLS (C.) et EZRACHI (A.) (dir.), *Criminalizing Cartels: A Critical Interdisciplinary Study of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing. : cité dans COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), « Cartels et comportements des managers : analyse et implications pour les politiques publiques », *Revue économique*, 2016, HS 1, p. 100.

88 VOGEL (J.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, Colloque organisé par l'AFJE, février 2017 <https://www.youtube.com/watch?v=UKTzkTTtK6I>, 46 min 30.

89 VOGEL (J.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 46 min 50.

90 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 91.

91 Voir not. KOEHLER DE MONTBLANC (M.), *op. cit.*

92 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 291.

93 *Ibid.*

qui ont pris conscience de l'importance de prévenir le risque de non-conformité aux lois *antitrust*. Elles ont donc volontairement mis en œuvre des programmes de compliance contenant des règles d'autodisciplines<sup>94</sup>. Cette technique a été transmise aux acteurs européens lorsque les entreprises américaines se sont exportées en Europe. En effet, leur introduction s'est faite dans les années 1980 au sein des filiales européennes de multinationales américaines<sup>95</sup>. Par la suite, et sous l'influence des évolutions précédemment évoquées, l'intérêt pour les programmes de compliance s'est développé.

Ce phénomène est consécutif à la mondialisation des relations commerciales entraînant une interdépendance des économies. Marie-Emma Boursier évoque, à ce titre, « *le recul de la souveraineté au profit de la régulation et de l'emprise croissante de la compliance* »<sup>96</sup>. Cela a entraîné une internationalisation des pratiques anticoncurrentielles<sup>97</sup>. De plus, la globalisation des échanges économiques a provoqué une certaine insécurité juridique pour les entreprises<sup>98</sup>. L'effet extraterritorial du droit américain y a inévitablement contribué puisque les opérateurs économiques implantés en dehors des États-Unis peuvent se voir appliquer les règles américaines. Assurément, aujourd'hui, l'extraterritorialité n'est plus un caractère propre au droit américain. Toutefois, il a été précurseur de l'émergence d'une responsabilité internationale de l'entreprise<sup>99</sup> et de la promotion des programmes de compliance au sein des entreprises<sup>100</sup>. En effet, les entreprises n'adoptent en général pas un unique programme de respect des règles de concurrence et c'est dans d'autres domaines que les programmes de compliance ont fait leur apparition du fait de l'extraterritorialité.

L'activité des entreprises ne cessant pas à la frontière, les risques juridiques sont amplifiés. Désormais, lorsqu'un comportement d'une entreprise, quelle que soit sa nationalité, a des effets sur le commerce d'un pays, le droit national de la concurrence de ce pays s'applique. Par conséquent, l'entreprise doit s'assurer du respect des différentes législations qui lui sont applicables et dont les règles peuvent différer d'un pays à l'autre. C'est notamment le problème du non-respect des règles de concurrence au sein des multinationales. L'unicité des filiales d'une multinationale entraîne

---

94 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 65.

95 DEBROUX (M.), SAINTE FARE GARNOT (R.), « Programmes de conformité et risque concurrence : Témoignages croisés d'un juriste d'entreprise et d'un avocat », *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 230.

96 BOURSIER (M-A.), « Droit pénal des affaires internationales et compliance : compétences territoriales et extraterritorialité », in BORGIA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 37.

97 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 64.

98 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 91.

99 DAOUD (E.), PARTOUCHE (H.), « Loi Sapin II, RGPD et loi Vigilance / enjeux internationaux de la compliance », *Lamy droit des affaires*, 2018, n° 136.

100 AUDIT (M.), « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », *op. cit.*, p. 46.

l'application du droit *antitrust* au-delà même des frontières<sup>101</sup>. Si un acteur économique adopte une démarche de compliance dans le pays où il est implanté principalement, il augmente ses chances d'être conforme aux autres législations, notamment *antitrust*, qui pourraient l'affecter. D'autant plus que, comme évoqué auparavant, les différents droits de la concurrence reposent sur des principes similaires. En effet, les professeurs Damien Gérardin et Nicolas Petit font remarquer qu'« *en raison de la convergence, la simple connaissance des règles applicables dans l'[Union] signifie que l'on connaît celles s'appliquant dans les autres États* »<sup>102</sup>. De ce fait, l'avantage -si l'on peut ainsi dire- concernant la compliance au droit de la concurrence est que l'application du droit de la concurrence est similaire dans le monde. Alors que, dans d'autres domaines, c'est la prolifération des normes applicables qui explique la mise en place de programmes de compliance. Toutefois, Marie-Anne Frison-Roche a relevé que « *les règles du droit de la concurrence demeurent fractionnées et [...] la perspective d'un droit mondial de la concurrence est toujours reculée* »<sup>103</sup>. En effet, il ne faut pas oublier que les règles du droit de la concurrence, les institutions et leurs objectifs peuvent varier selon les pays<sup>104</sup>. Ainsi, une pratique illicite dans un pays peut très bien être licite dans un autre et inversement. Un rapport de la CNUCED de 2016 a mis en avant le fait que « *le nombre d'affaires relatives au respect du droit de la concurrence qui recouvrent plusieurs pays est en augmentation* »<sup>105</sup>. D'où l'importance, pour les multinationales en particulier, de s'informer sur les différentes règles applicables sur les marchés sur lesquels elles interviennent mais aussi de s'assurer de la conformité de ces pratiques. Un programme de compliance efficace peut leur permettre de remplir cette fonction.

Ces risques de non-conformité au droit des pratiques anticoncurrentielles concernent toutes les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises (PME), bien que, pour ces dernières comme le fait remarquer Blandine Cordier-Palasse, l'impact médiatique est moins visible<sup>106</sup>.

L'application concrète des principes concurrentiels est, selon le secrétariat de l'OCDE, « *un préalable essentiel au développement économique, à la croissance et au mieux-être économique* »<sup>107</sup>. Désormais, les entreprises ne se contentent plus de sensibiliser au droit de la concurrence, elles ont réalisé qu'il est de l'intérêt de leur stratégie commerciale de mettre en œuvre de façon effective les

---

101 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 95.

102 GERADIN (D.), PETIT (N.), « Règles de concurrence et partenariat euro-méditerranéen : échec ou succès ? », *Revue internationale de droit économique*, 2003, n° 1, note de bas de page 226, p. 94.

103 FRISON-ROCHE (M.-A.), « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *Concurrences*, 2018, n° 4, p. 2.

104 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 4.

105 *Ibid.*

106 CORDIER-PALASSE (B.), « Une profession en devenir : le Compliance officer », *revue RH&M*, 2014, p. 52.

107 OCDE, « Renforcement des capacités pour une politique efficace de la concurrence dans les économies en développement et en transition », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2002, n° 4, vol. 4, p. 8.

règles de protection des marchés.

Il est important de relever une véritable modification dans la manière de respecter ce droit. La compliance suppose que l'opérateur privé respecte effectivement la réglementation tout en ayant un comportement qui ne soit pas simplement passif<sup>108</sup>. L'entreprise s'engage dans une démarche proactive afin de se conformer effectivement, de s'auto-discipliner et de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. De cette manière, les acteurs sont associés à l'élaboration des règles qui leur sont applicables<sup>109</sup>. Marie-Anne Frison-Roche parle d'« *internalisation des buts monumentaux* »<sup>110</sup> par les opérateurs économiques. Le but monumental correspond ici à l'objectif de régulation concurrentielle de ne pas fausser le fonctionnement normal du marché<sup>111</sup>.

Les opérateurs se veulent responsables, poussés par les conseils des autorités de concurrence qui ont recours à différentes techniques pour les inciter à la conformité au droit de la concurrence.

### **§ 3 - L'incitation des autorités de concurrence au développement des programmes de compliance**

Le développement de la mise en place de programmes de compliance au sein des entreprises est également dû aux encouragements que les autorités de concurrence ont pu émettre sur le sujet (A) en utilisant des outils de *soft law* (B).

#### **A- L'évolution dans la manière d'inciter aux comportements *compliant*s**

Les autorités de concurrence n'ont pas toujours promu les méthodes de mise en conformité au sein des entreprises. Joseph Murphy qualifie les programmes de compliance de modernes pour les opposer à ce qui existait auparavant en matière de conformité au droit de la concurrence<sup>112</sup>. Il explique que, pendant longtemps, les entreprises se contentaient de transmettre un message ou un manuel à leurs salariés sans plus d'obligation ni d'explication. Il n'était pas réellement question de compliance. Il y a eu un changement considérable en 1991 aux États-Unis avec la rédaction des

---

108 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

109 SAUVE (J-M.), *op. cit.*, p. 51.

110 FRISON-ROCHE (M-A.), « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *op. cit.*, p. 1.

111 AUGAGNEUR (L-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », *in* BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 138.

112 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 287.

*Sentencing guidelines* qui ont prévu que des programmes efficaces de prévention des infractions peuvent être pris en compte pour réduire une amende. La commission des peines a établi une série de sept critères théoriques et flexibles à destination des entreprises pour que de tels programmes soient pris en compte. Il faut noter qu'en 1991 cela ne concernait pas uniquement le droit de la concurrence. Par la suite, les autorités de concurrence de différents pays se sont inspirées de cette méthode en mettant en avant le fait que les entreprises doivent avoir des outils de gestion effectifs des risques concurrentiels.

Ce changement s'explique par le fait que le droit de la concurrence n'est plus simplement répressif, il repose également sur la régulation de la façon dont les acteurs privés organisent l'économie (concentrations, ententes, etc.). Ainsi, Laurence Boy explique que les autorités de concurrence recherchent « *à la fois tant la lutte contre les pratiques les plus graves que l'efficacité de la «répression» [reconnaissant elles-mêmes que] l'utilisation de la répression était souvent aveugle* »<sup>113</sup>. Sur ce point, un rapport de l'OCDE sur la promotion du respect du droit de la concurrence met en avant le fait qu'à partir d'un certain seuil d'amende, les entreprises ont conscience qu'il est nécessaire de se conformer au droit. En revanche, les rendre encore plus élevées ne rend pas le droit de la concurrence plus dissuasif<sup>114</sup>. Les responsables peuvent ne pas réellement avoir la capacité de payer de trop lourdes amendes. Sur ce point, le Parlement européen a émis une résolution sur la politique de concurrence en 2010 dans laquelle il s'inquiétait du fait que « *l'application d'amendes de plus en plus élevées comme seul moyen [de sanctionner les infractions au droit de la concurrence] pourrait par trop manquer de nuances, surtout eu égard aux risques de destruction d'emplois résultant de l'incapacité des entreprises à payer* »<sup>115</sup>. Lors d'une table ronde sur la promotion des règles de conformité avec le droit de la concurrence organisée par le Comité de la concurrence de l'OCDE en juin 2011, la délégation de l'Union européenne a dit recevoir des requêtes pour incapacité de paiements suite à des condamnations pour ententes illicites<sup>116</sup>. De sorte que, dans certaines hypothèses, la sanction pécuniaire a été réduite de 70% pour éviter les faillites<sup>117</sup>. La même année, en 2011, le Parlement européen invitait la Commission européenne à ce « *qu'un large éventail d'instruments plus sophistiqués soient élaborés, couvrant notamment [...] des programmes de conformité des entreprises et [...] préconise une approche associant «le bâton*

---

113 BOY (L.). « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », *RIDE*, 2010, n° 3, p. 273.

114 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 18.

115 Résolution du Parlement européen du 9 mars 2010 sur le rapport relatif à la politique de concurrence 2008, 2009/2173 (INI), JOUE n° C 349 E du 22 décembre 2010, p. 16, § 45.

116 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 361.

117 *Ibid.*

*et la carotte*»<sup>118</sup>. Au vu de cette position du Parlement européen, l'attitude de la Commission européenne peut paraître paradoxale puisque, nous le verrons par la suite, elle ne prend pas en compte ces programmes et donne peu d'indication en la matière. La politique de cette dernière reste encore largement fondée sur la répression des entreprises contrevenantes *via* des amendes toujours plus élevées. Elle ne fait pas une grande place à la prévention comme peuvent le faire d'autres pays tels que le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis.

De nombreux auteurs mettent en avant le fait que les autorités de concurrence ne devraient pas avoir une approche uniquement dissuasive car cela a pour conséquence de donner un prix à la non-conformité. Alors que les sanctions pécuniaires continuent à augmenter, le nombre d'enquêtes pour ententes entre entreprises n'a pas diminué. Déjà en 2007, les professeurs Connor et Helmers relevaient que « *l'ampleur de la récidive laisse supposer que les sanctions actuelles ne suffisent pas à dissuader la formation d'ententes* »<sup>119</sup>. C'est donc la preuve que l'approche dissuasive dite classique<sup>120</sup> selon les mots Jeremy West, n'est pas été si efficace. Certains commentateurs exposent même qu'imposer des amendes trop dissuasives dans le but de pousser les entreprises à mettre en œuvre des programmes de compliance peut avoir un effet négatif<sup>121</sup>. En investissant de façon exagérée dans ces techniques, les opérateurs économiques pourraient s'empêcher des pratiques qui, sans être anticoncurrentielles, leurs permettraient d'acquérir des parts de marché.

Il y a donc tout un débat concernant l'efficacité des sanctions pécuniaires pour promouvoir la conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises. Toutefois, il est important de relever qu'il n'est pas possible de connaître le nombre d'ententes non détectées donc d'effectuer des analyses comparatives pour vérifier l'efficacité de la politique de concurrence. Mais, en ce qui concerne les ententes découvertes, bien souvent elles se sont maintenues durant des années et en toute connaissance de cause<sup>122</sup>. C'est la raison pour laquelle ce changement, dans la façon d'inciter les entreprises à la conformité aux principes concurrentiels, a eu lieu. Selon Anne Riley, inciter les entreprises à s'engager dans la conformité ne peut pas simplement passer par la sanction-dissuasion car elle « *n'influe pas directement sur la perception qu'ont les entreprises de la moralité du*

---

118 Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2011 sur le rapport sur la politique de concurrence 2009, 2010/2137 (INI), JOUE n° C 136 E du 11 mai 2012, p. 60, § 60.

119 CONNOR (J.), GUSTAV HELMERS (J.), Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005 at 38 (Working Paper, January 2007) cité dans OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 51.

120 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p 48

121 WEST (J.), « Document de réflexion », *loc. cit.*

122 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 291.

*comportement réglementé* »<sup>123</sup>. C'est pourquoi, il faut les encourager activement à participer à la lutte contre les atteintes au droit de la concurrence par la mise en place de programmes de compliance. Madame Riley considère même que les autorités de concurrence devraient faire de ces programmes un instrument d'application des règles et des principes concurrentiels. Dans le cadre de la même table ronde précitée, M. DeClerq, exprimant le point de vue d'une entreprise, affirme qu'« *obliger les entreprises à se doter d'un programme de conformité au droit de la concurrence avec des objectifs clairs, sous la responsabilité d'un administrateur haut placé, servira bien mieux la cause de la conformité que les sanctions pécuniaires ou la pénalisation* »<sup>124</sup>. En tout état de cause, la prévention par la conformité provoque moins de dommage à l'économie et est moins coûteuse que la sanction.

Les autorités de concurrence ont donc mis en avant la nécessité de prévenir le risque concurrentiel en incitant les opérateurs économiques à s'en emparer dans le cadre de programmes de compliance. Pour rédiger ces documents, elles se sont appuyées sur les entreprises afin de mieux appréhender ce qui peut fonctionner ou non pour ces problématiques, notamment par le biais de consultation. Tel a été le cas, en France, lors de la rédaction du document-cadre de 2012 de l'ADLC précédée d'une consultation des entreprises.

Ce mouvement d'incitation est important, et d'après Joseph Murphy, expert habilité dans le domaine de la conformité et de l'éthique, « *c'est la pression exercée par les autorités afin que des programmes efficaces soient mis en place qui oriente le comportement des entreprises* »<sup>125</sup>. Elles sont évidemment les mieux placées pour donner des conseils sur la façon de se conformer aux règles car leur rôle est de s'assurer du respect et de l'application du droit de la concurrence. De plus, ces autorités ont la légitimité de représenter la réponse à certaines attentes des citoyens. Monsieur Lasserre fait remarquer qu'il est de l'intérêt des entreprises que les autorités compétentes orientent leur comportement et non d'avoir « *une administration formaliste qui examine et « certifie » des programmes à la chaîne, comme on le faisait autrefois pour la notification des accords au niveau communautaire* »<sup>126</sup>. L'objectif est d'amener les opérateurs économiques à davantage comprendre les obligations qui leur incombent au titre de ce droit en leur présentant l'intérêt des programmes de compliance pour respecter ces obligations effectivement. Il s'agit là d'un changement dans la manière de faire respecter ces règles. La modification des formes de l'action publique est une autre

---

123 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 362.

124 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 367.

125 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 315.

126 LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité ? », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

conséquence de la globalisation des relations économiques. À ce sujet, Jean-Marc Sauvé évoque l'application de nouvelles techniques juridiques<sup>127</sup>.

Ce changement est bienvenu pour les entreprises qui n'ont pas réellement la possibilité de demander des conseils informels aux autorités de concurrence depuis le règlement communautaire n°1/2003. Elles ne peuvent le faire que si « *une situation crée une incertitude réelle parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles, des questions nouvelles et non résolues* »<sup>128</sup>.

La régulation du comportement des entreprises est donc d'abord passée par l'intervention uniquement répressive des autorités. Puis, toujours dans l'optique de promouvoir la conformité au droit de la concurrence, des procédures dites alternatives, complémentaires ou encore négociées se sont développées. Tel est le cas de la procédure de clémence conçue comme une méthode de limitation du risque concurrentiel de sanction depuis 1978 aux États-Unis et depuis 1996 dans l'Union européenne. Il s'agit également de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs en France, devenue procédure de transaction ainsi que, par exemple, la procédure d'engagement au niveau de l'Union européenne. Ces techniques de régulation concurrentielle plus complaisantes ont participé à l'apparition de la compliance, c'est-à-dire que les entreprises n'attendent plus de commettre une infraction pour limiter les conséquences de celle-ci. Selon l'expression de certains, il s'agit d'utiliser la technique de la carotte et du bâton, c'est-à-dire respectivement utiliser des incitations positives poussant à l'auto-régulation en plus de la simple répression.

## **B- Les différentes incitations par le biais d'outils de *soft law***

Les autorités de concurrence invitent (1) les entreprises à adopter des programmes de compliance grâce à des instruments de *soft law* (2). Ces actions peuvent être différentes d'une autorité à une autre (3) tout comme elles peuvent émaner d'acteurs différents (4).

### **1) Les incitations des autorités de concurrence**

La Commission européenne, longtemps réticente à l'égard de tels programmes, a publié un document intitulé « Compliance matter – What companies can do better to respect EU competition rules » en 2011<sup>129</sup> et en 2013<sup>130</sup>. En France, l'ADLC les a longtemps promu dans son document-

---

127 SAUVE (J-M.), *op. cit.*, p. 48.

128 Règlement (CE) n° 1/2003, *op. cit.*, § 38.

129 Commission UE, *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules*, 2011.

130 Commission UE, *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules*, 2013.

cadre du 12 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence<sup>131</sup>. Toutefois, ce document a été rendu caduc par un communiqué du 19 octobre 2017<sup>132</sup>. Ce point sera discuté ultérieurement.

Cette prise en compte n'est pas propre à l'Europe, ni aussi récente qu'il puisse y paraître. En effet, les premiers programmes de compliance ont été rapidement encouragés dès leur mise en place aux États-Unis et au Canada. Les premières recommandations relatives à des programmes de conformité au droit de la concurrence ont été établies, selon Christophe Lemaire, par le Bureau de la concurrence Canadien en 1993<sup>133</sup>. Les programmes de compliance de ces deux pays sont, en quelque sorte, doublement encouragés car ils reposent sur une dualité des ordres juridiques appliquant les règles *antitrust*. De la sorte, ces programmes sont explicités par les autorités de poursuites, à savoir la division *Antitrust* du *Department of Justice* (DoJ) et ses mémorandums<sup>134</sup> aux États-Unis ainsi que par le Bureau de la concurrence et son bulletin au Canada<sup>135</sup>. Ils sont également pris en compte aux niveaux des juridictions pénales et civiles. Aux États-Unis, la base des recommandations est contenue dans les *US Sentencing Guidelines*<sup>136</sup>. C'est ainsi que pendant longtemps, dans l'Union européenne, face aux sanctions imposées par les autorités étrangères, lorsque les entreprises souhaitaient mettre en place un programme de compliance, elles n'avaient à leur disposition que des textes étrangers. Toutefois, ces textes pouvaient ne pas correspondre aux spécificités juridiques européennes et à ses contraintes. De plus, les entreprises ont besoin de conseils pratiques. Il était important que ces dernières aient un référentiel officiel et de savoir la position des autorités de concurrence européennes par rapport à ces démarches de compliance.

Il est possible de citer d'autres exemples. Au Royaume-Uni, l'OFT a publié des lignes directrices sur les programmes de compliance<sup>137</sup>. À titre d'information, il faut noter que, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2014<sup>138</sup>, l'OFT et la Commission de la concurrence sont remplacées par la Competition and Markets Authority (l'Autorité de la concurrence et des marchés). Pour finir cette liste, non exhaustive, l'autorité de concurrence brésilienne a également adopté des lignes directrices en 2016<sup>139</sup>.

---

131 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*

132 ADLC, Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.

133 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 66.

134 US Department of Justice – Office of the Deputy Attorney General, *Memorandum, Subject : Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*, August 28, 2008.

135 Bureau de la concurrence, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, 2015 (dernière version modifiée), disponible sur : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03927.html>.

136 U.S. Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, Chapter 8 Sentencing of organizations.

137 OFT, *How your business can achieve compliance with competition law*, Guidance, juin 2011.

138 En vertu de la loi de 2013 sur les entreprises et la réforme réglementaire : The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.

139 CADE, *Guidelines for competition compliance programs*, 2016.

De plus en plus d'autorités de concurrence au sein de l'Union européenne, mais également dans le monde, mettent en avant l'utilité de ces outils préventifs qui sont à la disposition des entreprises. Certains ont pu appréhender les programmes de compliance comme « *une extension des missions du régulateur sectoriel* »<sup>140</sup>. En réalité, il y a là une convergence entre les intérêts de ces autorités et ceux des entreprises. En effet, parmi les moyens dont disposent les régulateurs pour réaliser leur mission, le programme de compliance en est indéniablement un élément<sup>141</sup>. Les entreprises qui en mettent en œuvre poursuivent le même objectif concurrentiel que l'autorité. Le rôle de cette dernière ne se limite plus à intervenir *ex post*, une fois que l'infraction est commise pour y mettre fin en la sanctionnant. Son rôle est d'inviter les entreprises à s'auto-dissuader d'enfreindre les règles de concurrence<sup>142</sup>. À ce titre, Bruno Lasserre évoque que « *la conformité permet de démultiplier l'effort de pédagogie et de surveillance, en faisant des firmes des alliées de la politique de concurrence et de la construction d'une économie concurrentielle* »<sup>143</sup>.

L'entreprise, quant à elle, signale qu'elle est attachée à ses mêmes valeurs et confirme sa volonté de les respecter. Il est vrai qu'aucun acteur ne paraît mieux à même de réguler son activité que l'entreprise elle-même<sup>144</sup>. De ce fait, selon Marie-Anne Frison-Roche, les programmes de compliance font partis d'un « *changement général de paradigme* »<sup>145</sup> modifiant le rapport à la règle de droit de l'*ex post* vers l'*ex ante*. Cela est particulièrement notable en droit de la concurrence. Les autorités de concurrence, ayant des ressources limitées, ont ainsi la possibilité de réduire les coûts engendrés par l'application des règles *ex post* si les entreprises améliorent le respect de ces règles *ex ante*. Les autorités peuvent se consacrer davantage aux affaires les plus importantes où la pédagogie n'est plus d'un grand recours. De plus, une approche fondée sur la prévention contribue à une plus grande coopération avec les autorités de concurrence en ce qui concerne la détermination des comportements anticoncurrentiels.

C'est une démarche qui est née au sein des entreprises qui se sont auto-régulées par la prescription des comportements à adopter ou non. C'est véritablement sur la base des recommandations des autorités de régulation concurrentielle que les opérateurs économiques s'engagent à prévenir activement les pratiques anticoncurrentielles.

---

140 DE VAUPLANE (H.), « Une nouvelle géopolitique de la norme », *in* GARAPON (A.), *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013, 200 pages.

141 MASCRET (C.), « Les enseignements de l'Autorité de la Concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique », *LPA*, 2014, n° 221, p. 3.

142 ZIVY (F.), « Témoignage », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 76.

143 LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité? », *op. cit.*

144 TROCHON (J-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *op. cit.*, p. 673.

145 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

## 2) *Les outils de soft law*

En droit de la concurrence, la particularité de ces encouragements à adopter des programmes de compliance est qu'ils ne sont ni imposés par la législation, ni même recommandés par celle-ci. Quel que soit le pays en cause, ce sont des documents de *soft law* émanant des autorités de concurrence. La *soft law* est formée de « *tous les textes à portée générale, définitivement adoptés par les autorités compétentes, qui visent à l'application des règles, mais qui sont dépourvus de valeur contraignante* »<sup>146</sup>. Pour reprendre la définition de Stéphane Gerry-Vernières, professeur de droit, il s'agit « *d'actes non contraignants émanant des autorités de l'État* »<sup>147</sup>. En France, comme dans l'Union européenne, la *soft law* a progressé avec le développement des autorités administratives indépendantes dans les années 1980. Ces dernières sont en charge de la régulation d'un domaine du droit particulier et utilisent, dans ce cadre, des actes de droit souple sans que de nouvelles obligations soient créées pour les opérateurs économiques. L'avantage pour ces administrations est que ces actes ne doivent pas remplir le formalisme contraignant des normes juridiques de droit dur. De plus, l'avocat Yann Aguila précise que les opérateurs « *ont pour habitude de se conformer par avance, par prudence* »<sup>148</sup> à ces prises de positions des autorités.

Cependant, il est vrai que le droit souple présente certaines incertitudes. Ce sont des règles sans l'être réellement et dont la portée n'est pas toujours bien établie. N'étant pas dotés d'une valeur juridique contraignante, il ne s'agit pas de textes qui créent des droits et des obligations pour leur destinataires. Ce sont des lignes directrices qui donnent des indications aux entreprises pour les aider à se mettre en conformité.

Pour autant, les outils de *soft law* adoptés par les autorités de concurrence ne sont pas dépourvus de tout effet. Michaël Cousin précise effectivement que, en général, ces normes de droit souple lient l'autorité qui les a rédigés<sup>149</sup>. Toutefois, pendant longtemps, ces actes de droit souple ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours par leurs destinataires car ils ne faisaient pas griefs. Sur le plan juridique, l'évolution s'est faite en plusieurs temps. En ce qui concerne la France, dans un premier temps, le Conseil d'État s'est montré réservé sur ces actes qu'il a d'abord désigné, en 1991, comme

---

146 IDOT (L.), « À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence », *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 1.

147 GERRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit - A propos des sources étatiques non contraignantes*, *Economica*, 2012, p. 15.

148 AGUILA (Y.), *Droit souple*, Le club des juristes, <http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/droit-souple/>, 1 min 05.

149 COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *JCP E*, 2008, n° 43.

du « droit à l'état gazeux »<sup>150</sup>, « symptôme de la dégradation de la norme »<sup>151</sup>. Il ne souhaitait pas que des dispositions sans force normative se retrouvent associées aux normes de droit dur. La jurisprudence du Conseil d'État a progressivement admis les recours en annulation contre des actes ne comportant pas de décision formelle de l'administration. Ainsi, selon Jean-Marc Sauvé, le Conseil d'État a, dès 1970 avec l'arrêt *Crédit Foncier de France*<sup>152</sup>, « marqué l'attention qu'il portait à cette nouvelle forme de droit »<sup>153</sup> en consacrant la notion de directives internes en matière d'intervention économique. Il a également admis les recours contre les circulaires à caractère impératif en 2002<sup>154</sup>. Cependant, dans deux affaires en 2012, il a rejeté les recours dirigés contre des avis de l'ADLC en ce qu'ils ne revêtaient pas « le caractère de dispositions générales et impératives ou des prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »<sup>155</sup>, quand bien même ils comportaient des conséquences économiques préjudiciables pour les requérants. Pascale Idoux, comme d'autres commentateurs, a souligné les inconvénients de cette position : alors que « les conséquences pratiques des actes de droit souple sont parfois sans commune mesure avec ceux de décisions susceptibles de recours [...] l'angle mort qui en résulte pour le contrôle juridictionnel de la régulation ne correspond pas au besoin dont font état les tentatives répétées des requérants »<sup>156</sup>.

Le Conseil d'État a fait évoluer sa position en considérant, dans son étude annuelle de 2013, qu'« il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir [...] à l'abri de tout contrôle juridictionnel »<sup>157</sup>. C'est ce qui explique son revirement par deux arrêts en 2016 dans lesquels il a ouvert le recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple des autorités de régulation dès lors que ces actes ont « des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »<sup>158</sup>. L'un des deux arrêts concernait une prise de position de l'ADLC. Depuis cet important revirement, vu comme une révolution, il est intéressant de noter que Christophe Testard a relevé, en 2019, que le Conseil d'État a rendu, en trois ans, « seulement » une dizaine d'arrêts qui reprennent ce considérant de principe. Il souligne que « la révolution annoncée n'a pas eu lieu :

150 CE, *De la sécurité juridique*, Étude annuelle 1991, La documentation française, 1991, p. 49.

151 CE, *De la sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 133.

152 CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, n° 78880, publié au recueil Lebon.

153 Commission des lois, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État consacrée au "droit souple"*, 2013, [http://videos.senat.fr/video.104688\\_57c2a7af40faf.etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-consacree-au-droit-souple](http://videos.senat.fr/video.104688_57c2a7af40faf.etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-consacree-au-droit-souple), 5 min 45.

154 CE, Sect., 18 décembre 2002, *Duvignières*, n° 233618, publié au recueil Lebon.

155 CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, n° 346378, publié au recueil Lebon, pt. 3 ; CE, 11 octobre 2012, *Société Casino-Guichard-Perrachon*, n° 357193, publié au recueil Lebon, pt. 2.

156 IDOUX (P.), « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de régulation », *Lamy de la concurrence*, 2016, n° 50.

157 CE, Étude annuelle 1991, *op. cit.*, p. 174.

158 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, 368083, 368084, publié au recueil Lebon ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, publié au recueil Lebon.

*saisi par l'activité juridictionnelle, le droit souple paraît terni car désormais façonné par les mêmes outils que ceux utilisés par et pour le droit « dur ».* En effet, le juge contrôle d'abord si l'acte contient une décision formelle et ce n'est que de manière subsidiaire qu'il contrôle les effets que l'acte emportent sur les opérateurs.

Toujours est-il que pour notre sujet, on perçoit que les programmes de compliance et les recommandations en la matière correspondent à ce considérant de principe : ils ont pour objectif d'influencer les comportements des entreprises. Tel était le cas du document-cadre de 2012 à propos des programmes de compliance. Ce dernier précisait d'ailleurs qu'il engageait l'Autorité et lui était opposable<sup>159</sup>. L'Autorité devait donc s'en tenir aux critères développés dans ce document-cadre lorsqu'un programme de compliance se présentait à elle. C'est d'ailleurs une des raisons qui explique que l'ADLC a retiré son document-cadre. Elle ne pouvait pas ajouter de nouvelles conditions ou au contraire en enlever, sauf à devoir le motiver par des « *circonstances particulières ou [des] raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* »<sup>160</sup>. Tout laisse à penser que cela est valable pour les autres lignes directrices émises par les différentes autorités de régulation en la matière dans le monde.

S'agissant du recours contre les instruments de *soft law* au niveau de l'Union européenne, l'avocat général Michal Bobek constate, dans des conclusions rendues en 2017, que « *plusieurs juridictions supérieures des États membres ont, au cours des dernières années, [...] élargi le contrôle juridictionnel de façon à y inclure les actes qui n'ont pas à proprement parler d'effet obligatoire* »<sup>161</sup>. Il en va ainsi de l'Allemagne<sup>162</sup>, de la Suède<sup>163</sup>, de la Belgique<sup>164</sup> et de l'Irlande<sup>165</sup>. En revanche, en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que « *les recommandations et les avis ne lient pas* »<sup>166</sup>. Par conséquent, les actes de droit souple sont en principe exclus de son contrôle par l'article 263 de ce même traité car ils ne produisent pas d'effets juridiques contraignants. Dans les conclusions précitées, l'avocat général a recommandé à la Cour d'ouvrir l'accès au recours contre

---

159 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 6.

160 *Ibid.*

161 Conclusions de l'avocat général Bobek présentées le 12 décembre 2017, aff. C-16/16 P, *Royaume de Belgique contre Commission européenne*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:C:2017:959, pt. 84.

162 Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Allemagne), 15 novembre 2010, 19 BV 10.871 (à propos de circulaires administratives établissant des taux d'émission en matière environnementale).

163 Cour suprême administrative suédoise, 24 mai 1996, affaire 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

164 Conseil d'État belge, arrêt 237/674 du 16 mars 2017.

165 Cour administrative suprême, 10 février 2004, affaire 2696-03 (RA 2004 ref 8) High Court (Haute Cour), *Law Society of Ireland contre Competition Authority*, (2006) 2 IR 262.

166 Traité sur l'Union européenne (version consolidée), JOUE n° C 326, 26 octobre 2012, p. 13–390, art. 288.

une recommandation de la Commission européenne. Il affirme, à juste titre, que cet instrument de droit souple « *peut raisonnablement être considéré comme établissant des règles de comportement, [et] devrait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, indépendamment du fait que cet instrument est en quelque sorte dissimulé dans une recommandation sous la forme de simples « principes »* »<sup>167</sup>. Toutefois, la Cour a considéré que la recommandation en cause « *ne produit ni n'est destinée à produire des effets de droit obligatoires, en sorte qu'elle ne saurait être qualifiée d'acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE* »<sup>168</sup>. Des avocates en droit de la concurrence font tout de même remarquer que « *l'impossibilité de former un recours en annulation contre une recommandation peut être contournée, à titre exceptionnel, si l'acte attaqué, par son contenu, ne constitue pas une véritable recommandation* »<sup>169</sup> et comporte des effets de droits obligatoires.

Le droit de la concurrence de l'Union européenne étant un droit complexe, les autorités de concurrence ont un intérêt marqué pour ces outils de *soft law* que sont notamment les recommandations, les avis, les lignes directrices et les communiqués. Elles n'ont, en effet, pas de pouvoir réglementaire pour mener à bien leur mission de régulation. Dans le but de faire adhérer les opérateurs économiques aux règles du marché, les autorités de concurrence mènent généralement, ce que l'on appelle en anglais, une politique d'*advocacy*. Les autorités de régulation ne s'intéressent plus uniquement à la répression des pratiques anticoncurrentielles. Au contraire, elles accordent une place importante à une certaine logique de persuasion par des actions pédagogiques et éducatives<sup>170</sup> pour montrer que la concurrence non faussée peut apporter ces résultats positifs. De ce fait, à côté de leurs actions impératives et directes, ces outils de droit souple leur permettent d'explicitier les règles générales assez imprécises au bénéfice des entreprises. L'objectif est qu'un lien de confiance s'instaure avec les entreprises, et non plus simplement une forme de défiance envers une autorité qui sanctionne. Il est question de guides de bonnes pratiques à destination de ces entreprises leur permettant de mettre en place un programme de compliance efficace, du moins au sens de l'autorité de concurrence du pays dans lequel celui-ci est instauré. Ce sont des références qui n'ont pas pour but d'être obligatoire. Il s'agit, encore une fois, pour les autorités de concurrence de procéder à une régulation *ex ante*, c'est-à-dire ce que Jean-Jacques Menuret appelle « *une forme de dissuasion par*

---

167 Conclusions de l'avocat général Bobek présentées le 12 décembre 2017, aff. C-16/16 P, *op. cit.*, pt. 4.

168 CJUE, 20 février 2018, aff. C-16/16 P, *Royaume de Belgique contre Commission européenne*, Rec. numérique curia, ECLI:EU:C:2018:79, conclu. Bobek, pt. 37.

169 VANNINI (C.), MORAITOU (E.), « Une recommandation de la Commission européenne constitue-t-elle un acte attaquant ? », *LEXplicité*, <https://www.lexplicité.fr/une-recommandation-de-la-commission-europeenne-constitue-t-elle-un-acte-attaquant/>.

170 LEMAIRE (C.), « A propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 73.

*la pédagogie* »<sup>171</sup>. Bruno Lasserre, ancien président de l'ADLC, avait affirmé que « *la régulation nécessite surtout des outils flexibles, des outils plus souples, tels que [...] l'élaboration de catalogues de bonnes pratiques ; elle associe davantage les acteurs du marché* »<sup>172</sup>. Le droit souple fait donc partie intégrante de cette démarche de compliance des entreprises. En effet, Luc-Marie Augagneur précise que, bien que le terme de compliance soit anglais, il provient du vieux français *complir* qui donne *accomplir*<sup>173</sup>. Il explique ainsi qu'une des fonctions de la compliance est « *l'achèvement d'une règle générale peu spécifiante* »<sup>174</sup>. Cette fonction n'est pas propre aux autorités de concurrence puisque les programmes de compliance permettent également aux entreprises d'explicitier les règles de concurrence en leur sein.

Ces processus peuvent poser problème quant à la légitimité de leur effectivité vis-à-vis des sources classiques du droit et des règles contraignantes de *hard law*. Certains évoquent le fait que le droit souple empièterait sur les normes juridiques de droit dur par la création de nouvelles normes<sup>175</sup> que les entreprises choisissent de respecter alors qu'elles ont participé à leur élaboration. À titre d'exemple, en France, le document-cadre de l'ADLC relatif aux programmes de conformité fait suite à une consultation du public et notamment des entreprises elles-mêmes. Néanmoins, la CNUCED fait remarquer que « *ce type de dialogue entre les entreprises et les autorités de la concurrence est essentiel afin de réduire le risque d'infraction* »<sup>176</sup>. Cet échange permet, d'une part, aux autorités de comprendre davantage la manière des entreprises de concevoir les enjeux de la conformité par rapport à leurs objectifs commerciaux, et donc mieux orienter leurs décisions. D'autre part, les entreprises acquièrent de meilleures connaissances sur la façon de respecter leurs obligations concurrentielles.

Il est donc vrai que certaines normes de droit souple peuvent sembler plus efficaces et contraignantes car étant davantage suivies en ce qu'elles reposent sur l'approbation et non la coercition<sup>177</sup>. Il s'agit plutôt, en droit de la concurrence, d'une logique de complémentarité à des

---

171 MENEURET (J.-J.), « Autorité de la concurrence », *J.-Cl. Conc. Consom.*, 2015, Fasc. 60.

172 LASSERRE (B.), *Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque CREDA, Paris, 19 janvier 2005. Disponible sur <https://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>.

173 AUGAGNEUR (L.-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 32.

174 AUGAGNEUR (L.-M.), « L'efficacité des programmes de compliance », *op. cit.*, p. 138.

175 PRUNET (F.), « L'information des acteurs du marché permet-elle d'instaurer une confiance suffisante ? », *op. cit.*

176 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 11.

177 WATIN-AUGOUARD (J.), « L'ordre et le modèle », Entretien avec Stefano Manacorda, in PANQUIAULT (R.) (dir.), « Programmes de conformité, révolution discrète », *Le bulletin de l'ilec*, 2014, n° 445, p. 7.

« *normes générales contraignantes jugées moins pertinentes qui pourraient susciter de surcroît une volonté de contournement* »<sup>178</sup>. Cette évolution du mode d'action des autorités de concurrence est une réponse aux défis que les entreprises peuvent rencontrer du fait de la mondialisation de l'économie. C'est même un facteur de sécurité juridique<sup>179</sup> puisque l'autorité précise comment elle entend appliquer une norme plus générale dans sa politique d'exécution du droit de la concurrence. En ce qui concerne les programmes de compliance, l'autorité qui peut être amenée à en connaître définit quel sens elle leur donne et comment ils seront jugés efficaces. De la sorte, les opérateurs économiques bénéficient d'une plus grande transparence dans les outils qui sont à leur disposition pour assurer la gestion du risque concurrentiel<sup>180</sup>. De leur côté, en prenant en compte les guides à leur destination, ces opérateurs s'insèrent dans une démarche de compliance. Cela leur permet, *in fine*, de mieux respecter les prescriptions générales d'interdiction des ententes entre entreprises. Cette évolution implique un minimum de responsabilisation de la part de l'entreprise puisqu'elle s'engage à observer ces documents. Nous verrons, par la suite, que l'entreprise ne peut pas simplement avoir une démarche de compliance de façade. Si une pratique anticoncurrentielle est commise par une entreprise sous programme de compliance, cette dernière ne peut s'exonérer entièrement de sa responsabilité. Par conséquent, si une entreprise adopte un programme de compliance, elle doit tenir compte des documents des autorités en la matière.

Le professeur de droit Jean-Bernard Auby explique que la compliance « *appartient à ces mécanismes réglementaires dont le ressort se trouve principalement du côté de l'activité régulée* »<sup>181</sup>. La manière d'inviter les entreprises à la compliance peut différer d'une autorité de concurrence à l'autre.

### **3) Les différentes façon d'inciter les entreprises à la compliance**

La plupart des autorités de concurrence conseillent les entreprises sur le contenu d'un programme jugé efficace. Toutefois, elles n'emploient pas toutes la même méthode pour encourager la mise en place des programmes de compliance. Pour ce faire, elles doivent, en quelque sorte, trouver le juste milieu. D'une part, les professionnels en la matière s'accordent à reconnaître qu'il convient de ne pas simplement recommander aux entreprises l'adoption d'un programme de

---

178 SAUVE (J-M.), *loc. cit.*

179 COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *op. cit.*

180 COUSIN (M.), LEMAIRE (C.), « Conformité et non- contestation des griefs : l'AdIC précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises », *Lamy droit des affaires*, 2012, n° 69.

181 AUBY (J-B.), « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, *op. cit.*, p. 104.

conformité sans autre précision ; le risque étant de « leur donner un blanc-seing lorsqu'elles disposent d'un programme insuffisant »<sup>182</sup>. D'autre part, cependant, elles ne doivent pas décrire de manière trop détaillée la façon dont elles conçoivent l'établissement d'un tel programme. Dans ce cas là, le risque est que l'entreprise en instaure un qu'elle ne va pas chercher à adapter à sa situation. Or, si finalement l'entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel, elle pourrait opposer à l'autorité ses recommandations. De plus, il sera mentionné par la suite qu'un programme de compliance de façade n'est pas très utile, voire même présente des risques. Par conséquent, et Bruno Lasserre l'indiquait, il ne doit donc pas y avoir de « formalisme excessif »<sup>183</sup>. Par ailleurs, selon Christophe Lemaire, c'est finalement en expliquant trop qu'on indique la façon de contourner les règles en le masquant<sup>184</sup>. C'est pourquoi, Joseph Murphy recommande la technique des *US Sentencing Guidelines* qui évoque des critères théoriques et des recommandations, mais pas de schéma prédéfini<sup>185</sup>. Comme mentionné auparavant, c'est ce qui s'est passé à partir de 1991. Ainsi, généralement, après avoir défini ce qu'est un programme dit de compliance, les autorités de concurrence mettent en avant les avantages d'un tel outil, comment et selon quels critères l'entreprise doit le mettre en place pour qu'il soit fiable.

Schématiquement, il est possible d'opposer deux méthodes : la démarche indicative et la démarche directive. La première est employée par la Commission européenne qui utilise des conseils et des illustrations à destination des entreprises. À l'inverse d'autres autorités, elle ne donne pas de critères jugés nécessaires puisque, comme le précise l'avocat Jean-Christophe Grall, « Bruxelles [considère] qu'il faut agir au cas par cas »<sup>186</sup>.

Pour ce qui nous concerne le plus, jusqu'à une période récente, le document-cadre de l'ADLC était plus directif. En effet, il prévoyait une procédure et des prescriptions pour les entreprises<sup>187</sup>. Bien que le document-cadre de 2012 ait été retiré en octobre 2017, il paraît utile de se pencher dessus. De plus, puisqu'il synthétisait sa pratique décisionnelle et ses lignes directrices, il est possible de penser que l'Autorité conservera la majorité de ses critères d'appréciation d'un programme de compliance efficace. En effet, si l'on se rend sur le site de l'ADLC rubrique « La prévention des infractions : les

---

182 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 290.

183 LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité ? », *op. cit.*

184 LEMAIRE (C.), « Comment le droit de la concurrence appréhende-t-il la compliance ? Débat », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 72.

185 *Ibid.*

186 WATIN-AUGOUARD (J.), « Une « compliance » acclimatée », Entretien avec Jean-Christophe Grall, in PANQUIAULT (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 3.

187 CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », *RTD Com.*, 2012, n° 2, p. 312.

programmes de conformité aux règles de concurrence », le document-cadre n'est plus disponible. Cependant, une sous-rubrique propose un guide à destination des entreprises. Ce guide mentionne toujours le « *document-cadre donnant des pistes pour construire un programme de conformité crédible et efficace* »<sup>188</sup>. La page suivante décrit les 5 piliers que l'Autorité considère comme nécessaire à la mise en place d'un programme de compliance établi à partir de ce document mais sans le mentionner. Ce qui prouve que ces 5 étapes, qui seront développées par la suite, continuent d'être la ligne de conduite de l'Autorité de la concurrence.

S'agissant du document-cadre de 2012 de l'ADLC, les avocats Michel Roseau et Julie Catala Marty évoquent une « *contradiction* »<sup>189</sup> qui montre bien la nature directive des conseils de l'ADLC. Le point 19 énonçait que « *la façon dont ces différents éléments sont déclinés [peut] varier d'un programme de conformité à l'autre. Il n'existe en effet pas de programme de conformité type* »<sup>190</sup>. Cependant, le point 21 spécifiait « *la réunion des [différents éléments décrits ci-dessus] est dans tous les cas nécessaire, du point de vue de l'Autorité, pour qu'un programme de conformité puisse être jugé efficace* »<sup>191</sup>. Comme nous le verrons plus tard, du fait de cette affirmation, de nombreux praticiens ont pu se poser la question de la véritable adaptabilité d'un programme, en particulier s'agissant des PME.

Le retrait de ce document-cadre peut certainement s'expliquer par le fait qu'elle ne souhaite plus se sentir liée quant à l'appréciation de l'efficacité d'un programme de compliance. Il reste que les critères développés par la suite constitueront sûrement toujours sa ligne directrice principale. Bien que ce point soit développé dans la partie suivante, notons maintenant que ce que l'Autorité retire réellement est certainement sa façon de prendre en compte un programme de compliance lorsqu'une infraction au droit *antitrust* est commise.

Il n'en reste pas moins que, désormais, il n'est pas réellement possible d'affirmer quelle sera la méthode de l'ADLC pour encourager les entreprises dans cette voie qu'est la compliance. Elle est l'une des rares autorités de concurrence à ne plus avoir de documents véritablement incitatifs sur le sujet. Tout au plus, dans son communiqué précité de 2017, elle « *réaffirme l'importance qu'elle attache aux programmes de conformité et [...] continuera à encourager les entreprises à y*

---

188 ADLC, *La conformité avec les règles de concurrence – Des outils et des réflexes pour protéger les entreprises*, brochure, 2012.

189 Bureau de la concurrence Canada, Site internet rubrique « Les programmes de conformité d'entreprises », disponible sur <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04297.html>.

190 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 19.

191 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 21.

*recourir* »<sup>192</sup>. Dès lors, elle semble s'aligner sur la position de la Commission européenne. Cependant, l'Autorité précise que les programmes de compliance « *ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente* »<sup>193</sup>. Par cette formulation, l'ADLC semble signaler que, relevant de la gestion courante de l'entreprise, ce qui va susciter le doute c'est l'absence d'un tel programme. Par cette modification d'approche, il s'agit sans doute de signaler aux entreprises que les programmes de compliance qu'elles adoptent doivent être effectivement appliqués et de manière efficace<sup>194</sup>. Les déclarations de bonnes pratiques au sein de l'entreprise ne seront pas de nature à éloigner d'éventuels soupçons de pratiques anticoncurrentielles que l'Autorité pourrait avoir. Pour certains, ce changement de position marquerait l'échec de la démarche volontaire consistant à prévenir les risques car l'ADLC fait comprendre aux entreprises que c'est une démarche attendue dans tous les cas. Malgré ce signal d'une approche plus stricte, l'ADLC semble donc toujours donner à ces programmes une importance particulière, du moins plus que la Commission européenne qui ne donne pas d'indication aussi précise.

La démarche prescriptive n'est pas propre à l'ADLC. À titre d'illustration, le site du Bureau de la concurrence au Canada évoque, à propos de la présentation des programmes de conformité d'entreprise, « *les mesures que les entreprises canadiennes doivent prendre en considération afin de prévenir ou de minimiser les risques* »<sup>195</sup>.

En revanche, le rôle des autorités s'arrête là. Elles n'ont pas vocation, comme la Japan Fair Trade Institute<sup>196</sup> (l'autorité de la concurrence au Japon), à aider les entreprises à instaurer leurs programmes de compliance.

Les autorités de concurrence sont donc nombreuses à encourager la compliance au droit de la concurrence et selon des méthodes différentes de droit souple. Toutefois, elles ne sont pas les seules à le faire.

---

192 ADLC, Communiqué du 19 octobre 2017, *op. cit.*

193 *Ibid.*

194 DUMOURIER (A.), « Intégrer les risques liés au droit de la concurrence dans les programmes de conformité et s'assurer de leur effectivité : entre nécessité et opportunité ! », *Le Monde du Droit*, 2017.

195 Bureau de la concurrence Canada, Site internet rubrique « Les programmes de conformité d'entreprises », *loc. cit.*

196 ICC, *Promoting antitrust compliance : the various approaches of national antitrust authorities*, 2011, p. 2.

#### 4) *Les incitations à la compliance de la part d'autres acteurs*

En parallèle des conseils des autorités de concurrence, d'autres organisations comme l'OCDE ou la CNUCED établissent des conseils, des guides de bonnes pratiques en la matière à destination notamment des entreprises multinationales. Par exemple, l'OCDE a établi un « Guide de bonnes pratiques pour les programmes de conformité destinés à lutter contre les ententes »<sup>197</sup>, juridiquement non contraignant mais qui peut servir aux entreprises élaborant un programme de compliance. Ces recommandations sont donc diversifiées et certaines concernent plus spécifiquement les PME.

Par ailleurs, Anne Riley, lors d'une intervention à la table ronde sur la promotion des règles de conformité avec le droit de la concurrence dans le cadre du Comité de la concurrence de l'OCDE précitée, soulignait qu'« *il ne suffit pas [...] de publier des informations sur des sites Internet que les entreprises ne consultent pas fréquemment* »<sup>198</sup>. C'est la raison pour laquelle des associations professionnelles, des instituts d'administrations, des chambres de commerces ou encore des organisations patronales ont un rôle important à jouer dans la promotion des enjeux de la compliance aux règles de concurrence. Ces différents organismes connaissent la façon de manager les risques de non-conformité et peuvent aider les entreprises sur ces problématiques. Ils peuvent publier des brochures, des guides de bonnes pratiques mais également participer à des formations juridiques pour l'instauration des programmes de compliance. C'est notamment le cas de la Chambre de commerce internationale de l'organisation mondiale des entreprises et de ses « Conseils pratiques à destinations des petites et moyennes entreprises pour améliorer leur conformité aux règles de concurrence »<sup>199</sup>.

Il n'y a donc pas de véritable cadre légal contraignant concernant la compliance au droit de la concurrence en Europe. Sur la base des recommandations des autorités de la concurrence, les opérateurs économiques établissent des programmes de compliance de façon volontaire et de manière à prévenir la commission d'infraction. Ainsi, une étude de 2015 réalisée au Royaume-Uni, déjà citée, a montré que 72% des entreprises interrogées se conforment au droit de la concurrence dans le but d'éviter des poursuites judiciaires<sup>200</sup>. Brent Snyder affirme également que, pour arrêter

---

197 OCDE, « Guide de bonnes pratiques pour les programmes de conformité destinés à lutter contre les ententes », in OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 321 et s.

198 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 375.

199 ICC, *La conformité aux règles de concurrence – une affaire de bon sens*, op. cit.

200 IFF Research, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, 2015, étude réalisée pour l'Autorité des marchés et de la concurrence.

les pratiques anticoncurrentielles, les démarches de compliance peuvent constituer un moyen efficace puisque, s'ils sont effectifs, ces infractions ne commenceront pas<sup>201</sup>.

Si la manière d'encourager n'est pas similaire, les autorités de concurrence s'accordent à indiquer le même contenu des programmes de compliance.

## **Section II - Le contenu recommandé des programmes de compliance**

Il existe un consensus de la part des praticiens, relayé par les autorités de concurrence, sur le fait que l'établissement d'un programme de compliance suppose différentes étapes indispensables. Ainsi, suivant les conseils du cabinet Europe Economics, l'Autorité de la concurrence a identifié pour les entreprises cinq piliers pour concevoir la structure optimale d'un programme de compliance. Bruno Lasserre explique qu'ainsi, tout en permettant l'adaptabilité, le droit repose « *sur des principes clairs pour assurer la transparence* »<sup>202</sup>. Dans l'Union européenne, toutes les autorités de concurrence et les professionnels en la matière mettent également en avant les mêmes éléments structurant de base. Il y a également un accord sur le fait que préalablement à l'instauration des cinq piliers de la compliance (§1), l'entreprise doit identifier les risques propres à son activité (§2).

### **§ 1 - L'étape préalable : la personnalisation de la démarche de compliance par l'identification des risques**

Afin de réaliser un programme de compliance efficace, celui-ci se doit d'être adapté à l'entreprise (B). Pour se faire, les risques à prévenir et qui lui sont propres doivent être identifiés (A). Le programme ne se limite donc pas à de simples codes de bonnes conduites (C).

#### **A- L'identification des risques**

Afin que les démarches de compliance soient pleinement adaptées à l'entreprise, celle-ci doit, dans un premier temps, identifier les risques concurrentiels auxquels elle peut être confrontée. Le risque se définit, selon la norme établie par l'Organisation internationale de normalisation ISO 31000:2018, comme l'« *effet de l'incertitude sur des objectifs* »<sup>203</sup>. Linda Arcelin-Lécuyer signale

---

201 SNYDER (B.), « Compliance is a Culture, Not just a Policy », Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop, 2014.

202 LASSERRE (B.), LEMAIRE (C.), « Comment le droit de la concurrence appréhende-t-il la compliance ? Débat », *loc. cit.*

203 Norme ISO 31000:2018 Management du risque – Lignes directrices, 2018.

qu'il existe une sorte de double risque avec le droit de la concurrence<sup>204</sup>. D'une part, toute activité économique entraîne, pour l'entreprise, le risque de se faire éliminer du marché par ses concurrents. Ce préjudice est légal dès lors que, en vertu du principe de libre concurrence, ces activités sont mises en oeuvre dans le respect des réglementations. Cependant, d'autre part, le fait de ne pas respecter les règles de concurrence et de faire l'objet d'une enquête puis d'une amende constitue l'autre aspect du risque concurrentiel. Par conséquent, pour gérer ces risques, il apparaît nécessaire que la société et ses employés aient connaissance de la réglementation *antitrust*. D'autant plus que les différentes sanctions mentionnées précédemment s'appliquent que l'entreprise, ou l'un de ses salariés, ait commis l'infraction délibérément ou par négligence.

Dans une démarche préventive, l'entreprise doit procéder à l'analyse de sa position sur le marché ainsi que les particularités individuelles de son activité. En effet, une entreprise peut être davantage concernée par l'application de certaines règles concurrentielles plutôt que d'autres en fonction de son environnement concurrentiel, c'est-à-dire des marchés et des produits concernés. Cette étape est importante car de nombreux praticiens reconnaissent que la prise de risque est présente de manière assez intense en droit de la concurrence<sup>205</sup>. Cette étape permet à l'entreprise d'établir un programme de compliance de manière à cantonner et minimiser cette prise de risque juridique.

Le risque juridique peut se définir comme résultant « *de la conjonction d'une norme et d'un événement, l'un et/ou l'autre frappé(s) d'incertitude, générant des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise* »<sup>206</sup>. Ce risque juridique est à différencier du risque de non-conformité. En effet, la vice-présidente du Cercle de la compliance Blandine Cordier-Palasse affirme que les programmes de compliance « *ne tarissent pas que le risque juridique [car] la compliance dépasse le juridique* »<sup>207</sup>. Les risques de non-conformité que sont les risques financiers, de réputation et d'image ne sont, en effet, pas des risques juridiques. Ces derniers reviennent à « *gérer une décision comportant des options de choix possibles* »<sup>208</sup>, alors que les premiers concernent l'organisation d'une obligation<sup>209</sup>. Il est vrai, comme le fait remarquer un directeur juridique<sup>210</sup> et comme nous le verrons par la suite, que le management des risques de non-conformité suppose des actes de prévention par notamment des formations et des sanctions en cas de non-conformité. En revanche, le management des risques juridiques s'appuie sur un examen des

---

204 ARCELIN-LÉCUYER (L.), *op. cit.*

205 PRUNET (F.), « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *op. cit.*

206 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 41.

207 WATIN-AUGOUARD (J.), « Risque d'image, risque majeur », Entretien avec Blandine Cordier-Palasse, in PANQUIAULT (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 5.

208 *Ibid.*

209 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 122.

210 *Ibid.*

solutions possibles pour orienter la prise de décision. Dans tous les cas de figure, le programme de compliance a vocation à mettre en avant la valeur de l'entreprise en prévenant ces deux types de risques.

Le management du risque est défini par le Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) comme « *une activité hautement stratégique, un process devant impliquer les dirigeants, destiné à détecter les événements potentiels susceptibles d'affecter l'entreprise, afin de permettre à cette dernière d'atteindre ses objectifs* »<sup>211</sup>. Ce système, qui concernait à l'origine uniquement la gestion des assurances, intéresse désormais la gestion de tous les risques que peut connaître une entreprise<sup>212</sup>. De la sorte, on perçoit que le management du risque et la compliance se rapprochent en ce que ces deux techniques ne se limitent pas à se conformer à une règle juridique. Il est question, plus largement, de l'organisation de la prévention du respect de cette règle. Il est donc important pour l'organisation de maîtriser les circonstances et les événements qui donnent lieu à une prise de décision. À ce titre, Jason Brown, président de l'ISO/TC 262 (la normalisation dans le domaine du management du risque) précise que « *l'absence de gestion des risques est en soi un risque d'échec* »<sup>213</sup>. Par conséquent, il est nécessaire pour l'entreprise de mettre en place des outils lui permettant de gérer ces risques.

En ce qui concerne le droit de la concurrence, le programme de compliance va permettre à l'entreprise, après cette étape, d'établir sa stratégie commerciale tout en respectant les standards déterminés par la réglementation.

Les risques concurrentiels auxquels l'entreprise peut être confrontée sont de différents types. En premier lieu, il peut s'agir des cartels secrets, c'est-à-dire des ententes horizontales qui ont pour unique objet de fausser le jeu normal de l'économie de marché entre concurrents par la répartition entre certains d'entre eux de la clientèle, des marchés géographiques, la fixation de prix ou encore le gel de l'innovation. En deuxième lieu, différentes sortes d'ententes ou d'arrangements entre concurrents sont réprimés comme le fait de partager des informations stratégiques et confidentielles. En troisième lieu, si l'entreprise intervient dans un réseau, le programme de compliance peut viser à prévenir la formation d'ententes entre opérateurs qui interviennent à différents niveaux tel que des fabricants qui établissent les prix de revente des distributeurs ou des restrictions concernant leur

---

211 *Guidance on Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, 2004, également connu sous l'appellation « COSO 2 » : cité dans ROQUILLY (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*

212 LEDOUBLE (D.), « Les systèmes de contrôle, élément essentiel de l'anatomie des personnes morales », *JCP E*, 2014, n° 31-34, 1409.

213 TRANCHARD (S.), « La nouvelle édition d'ISO 31000 simplifie le management du risque », disponible sur « Actualité » du site ISO <https://www.iso.org/fr/news/ref2263.html>.

commerce en ligne. Enfin, les entreprises dominant un marché doivent s'assurer de ne pas en abuser en évinçant par exemple ses concurrents par diverses manoeuvres comme des « *remises fidélisantes accordées par un fournisseur détenant une forte position sur un segment de marché* »<sup>214</sup>.

Au vu de la diversité de comportements anticoncurrentiels que cela recouvre, il est fortement conseillé à toutes les entreprises, de n'importe quel secteur, de consacrer une part de leur programme de compliance à la préservation de la libre concurrence. C'est le critère de l'adaptation de ce programme qui va permettre qu'il soit pleinement efficace au regard des opérations envisagées par l'entreprise. C'est, en effet, de cette étape de l'identification des risques que va dépendre la performance du programme.

Néanmoins, les spécialistes en la matière s'accordent sur le fait que les programmes de conformité ne sont pas les outils les plus efficaces en ce qui concerne les abus de positions dominantes et les concentrations monopolistiques car « *ils impliquent d'effectuer des analyses juridiques et économiques complexes et de mener des enquêtes approfondies sur le contexte factuel et les effets sur le marché* »<sup>215</sup>. Dès lors, des formations à destination des salariés novices en la matière pourrait être mal comprises. Les opérateurs étant amenés à adopter ce genre de comportement unilatéral devraient s'appuyer sur des conseils d'experts en droit de la concurrence avant l'adoption des décisions commerciales stratégiques en plus de l'adoption d'un programme de compliance global. En définitive, les programmes de compliance concernent plus particulièrement les ententes.

L'identification des risques passe en général par l'établissement d'une cartographie des risques, c'est-à-dire un diagnostic d'évaluation et de hiérarchisation des risques<sup>216</sup>. Cette étape peut être réalisée suite à un audit qui peut se définir comme une « *mission contractuelle d'investigation confiée à un professionnel par une personne en quête d'informations sur l'intérêt [...] la situation d'une entreprise qui consiste [...] à vérifier la conformité [...] de la situation avec les règles du droit en général ou dans un secteur déterminé* »<sup>217</sup>. Par l'analyse de l'activité commerciale, l'audit permettra d'identifier et de hiérarchiser les domaines dans lesquels l'opérateur présente le plus de risques liés au droit de la concurrence. Il s'agit donc de la base de la concrétisation du programme de compliance initial. De nombreux praticiens conseillent de s'inspirer des techniques des autorités de concurrence pour établir la présence d'une infraction<sup>218</sup>. Ainsi, dans un premier temps, l'audit

---

214 BACCICHETTI (E.), *op. cit.*, p. 54.

215 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 19.

216 AYED (W.), « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *JCP G*, 2011, n° 4, 96.

217 DU PONTAVICE (V.), « Expérience de compliance : mener un audit environnement », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 99.

218 CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (seconde partie – mise en œuvre et pertinence des programme de mise en conformité) », *op. cit.*

servira à déterminer quels sont les concurrents et leurs positions sur le marché. Dans un second temps, ce sont tous les supports utilisés (ordinateurs, carnets, etc.) par l'entreprise qui seront contrôlés pour identifier les risques encourus par les pratiques internes. Enfin, les employés, en particulier ceux identifiés comme étant à risque, passeront des entretiens.

D'ailleurs, c'est à partir de cette cartographie que la démarche de compliance pourra être évaluée par une autorité de concurrence, en cas par exemple de poursuite, afin de savoir si la compliance a été prise au sérieux et quels moyens sont alloués à la prévention de ces risques.

C'est donc l'approche par les risques qui est préconisée, c'est-à-dire, comme l'explique Damien Martinez lors d'une conférence sur la compliance, « *choisir soi-même ses propres risques en fonction de sa géographie et de ses secteurs pour ensuite y appliquer l'ensemble des outils [du programme de compliance]* »<sup>219</sup>.

Pour Luc-Marie Augagneur, au vu de l'ampleur que prend la compliance, « *des algorithmes avancés (souvent pompeusement décrits comme une intelligence artificielle)* »<sup>220</sup> vont se développer pour mieux anticiper et gérer ces risques. Cependant, il met en garde contre les outils informatiques car les algorithmes ne sont pas neutres et peuvent amener à exclure certains risques, même inconsciemment. C'est la raison pour laquelle la présence d'une personne chargée de la compliance est nécessaire pour « *déjouer les failles* »<sup>221</sup>. Cet avocat affirme qu'« *un bon programme de compliance doit être le reflet et la déclinaison concrète de la culture et de l'identité de l'entreprise* »<sup>222</sup>. Il faut laisser une place à la prise de risque, ce que les anglo-saxons appellent le « *risk appetite* ». Ainsi, par exemple, un réseau de distribution peut vouloir diffuser certaines données bien délimitées si, à l'appui d'une démonstration, l'effet pro-concurrentiel l'emporte sur les effets négatifs. Dans ce cas, bien que l'échange d'information soit interdit, le programme de compliance peut encadrer cette pratique en s'assurant de réduire les risques au maximum.

L'analyse concrète des risques que l'entreprise encourt permet de personnaliser son programme de compliance, le rendant ainsi davantage effectif.

---

219 MARTINEZ (D.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, op. cit.

220 AUGAGNEUR (L-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », op. cit., p. 140.

221 AUGAGNEUR (L-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », op. cit., p. 141.

222 AUGAGNEUR (L-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », op. cit., p. 139.

## B- L'adaptation du programme de compliance à l'entreprise

Quelle que soit la méthode employée, les autorités de concurrence insistent toutes sur le fait que le programme de compliance doit être adapté à l'entreprise qui le met en place. Aucune autorité de concurrence dans le monde n'a établi un programme standard pouvant s'appliquer à toutes les entreprises. En effet, chaque secteur concurrentiel, chaque activité économique et chaque entreprise fonctionne de manière différente. De la sorte, les praticiens affirment qu'un programme de compliance doit coller à la réalité des entreprises.

L'avocate Virginie Lefebvre-Dutilleul met en garde sur le fait de « *prendre au hasard deux ou trois programmes d'entreprises du secteur, en faire une compilation, et apposer son logo peut s'avérer très contreproductif* »<sup>223</sup>. Le risque serait que l'entreprise n'internalise pas efficacement les règles de concurrence. L'investissement, même s'il sera moindre que si l'entreprise avait mis en place des mesures individualisées, ne servirait donc pas à grand chose. De plus, les dispositifs de compliance n'étant généralement pas limités au droit de la concurrence, ce manque de moyen pourrait se faire ressentir sur d'autres domaines.

Bénédicte Querenet-Hahn conseille aux opérateurs de « *regarder ce que font les concurrents* »<sup>224</sup> lors de la mise en place de ces programmes pour s'en inspirer ou même pour amener son dirigeant à le faire. Toutefois, le piège est qu'il ne faut pas se contenter de cela. La reproduction d'un programme consacré à la gestion des risques que les entreprises du même secteur rencontre aurait certes, selon des auteurs, un effet pédagogique permettant de mieux comprendre la portée de certains risques. Néanmoins, ils avertissent sur le fait que les salariés n'auraient « *la vraie mesure [ni] du risque de leur entreprise [...ni] sur ce qui doit vraiment être traités et, par suite, de vraiment se protéger* »<sup>225</sup>.

Il est donc important que le programme de compliance soit « *sur mesure* »<sup>226</sup> pour être efficace, c'est-à-dire personnalisé à la réalité et aux besoins de l'entreprise tout en permettant un dynamisme commercial pour rester compétitive. Le programme de compliance doit être aménagé en fonction de l'organisation de l'entreprise, à la façon dont l'entreprise prend ses décisions, aux produits et/ou aux services qu'elle vend et sur quels marchés et de son éventuelle présence à

---

223 LEFEBVRE-DUTILLEUL (V.), « La conformité, droit vivant », in ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, Paris, Joly Edition.

224 QUERENET-HAHN (B.), *Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance*, Colloque organisé par l'AFJE, mars 2017, [https://www.youtube.com/watch?v=cc5ZF\\_6ctwg](https://www.youtube.com/watch?v=cc5ZF_6ctwg), 29 min 10.

225 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 235.

226 CARBONNEL M., « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (seconde partie – mise en œuvre et pertinence des programmes de mise en conformité) », *Revue concurrentialiste*, 2013.

l'international. En outre, toutes les problématiques liées au droit de la concurrence ne seront pas forcément traitées. Par exemple, si l'entreprise n'est pas en position dominante, le programme ne portera pas sur la prévention des risques d'abus d'éviction. En revanche, Vincent Rebeyrol explique qu'une entreprise condamnée pour abus de position dominante a tout intérêt à adopter une démarche de compliance pour se prévenir d'une nouvelle condamnation. Il prend ainsi l'exemple, dans « *une grande entreprise, condamnée deux fois pour abus de position dominante, [...] anticipant une troisième condamnation [qui] risquerait d'être fatale à l'entreprise, le choix avait été fait de consacrer une charte spécifique au respect des règles de concurrence... l'idée étant de se focaliser sur un risque essentiel pour assurer pleinement l'efficacité du message auprès des salariés* »<sup>227</sup>.

Avant que le document-cadre de 2012 de l'ADLC, le cabinet Europe Economics avait réalisé pour le Conseil de la concurrence à l'époque, devenu aujourd'hui l'Autorité de la concurrence, une étude sur l'état des lieux et les perspectives de ces programmes. Celle-ci a mis en évidence que « *la robustesse d'un programme de conformité dépend ainsi de sa capacité à s'adapter et à évoluer au fil du temps et des changements introduits* »<sup>228</sup>. L'existence d'un opérateur économique a effectivement vocation à évoluer et n'est pas linéaire. De la sorte, Christine Lagarde, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi en 2009 avait affirmé que « *le principe de conformité, de compliance, suppose une démarche volontariste, une compréhension et une appropriation des mécanismes [... qui suppose l'] adaptation aux circonstances et à la culture de l'entreprise [et qui] sont les deux fondamentaux du succès d'une politique de compliance* »<sup>229</sup>. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence ne donnent pas de formule prête à l'emploi. Toutefois, elles décrivent les objectifs généraux que doivent poursuivre les entreprises dans l'élaboration des programmes de compliance et une sorte d'encadrement minimal que nous verrons par la suite.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que cette démarche d'adaptation de la compliance à l'entreprise et à ces risques n'est pas propre au domaine de la concurrence. À titre d'illustration, c'est également ce qui est mis en avant dans les lignes directrices du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) français, ainsi que dans le *UK Bribery Act* et le *Foreign Corrupt Practices Act*. Cela s'explique par le fait que les démarches de compliance ne sont généralement pas limitées à un seul domaine du droit et englobent plusieurs thématiques. En tout état de cause, comme le souligne

---

227 REBEYROL (V.), « La compliance : le rôle de la charte éthique », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 122.

228 Europe Economics, *op. cit.*, p. 5.

229 LAGARDE (C.), « L'avenir de la politique de concurrence française », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

deux auteurs qui ont analysé les bonnes pratiques de concurrence en France, « à chaque « business model » son propre système de compliance »<sup>230</sup>.

La personnalisation du programme passe par l'établissement des liens entre les différents risques encourus. Les programmes de compliance préventif ne comportent pas seulement des codes internes.

### **C- L'insuffisance des codes de bonnes pratiques**

Les programmes de compliance sont fréquemment associés aux codes de bonnes conduites. Ces derniers sont évidemment indispensables à la poursuite de cette démarche. Il s'agit de communiquer en interne sur les bonnes pratiques que doivent adopter les employés afin de prévenir la réalisation des risques préalablement identifiés. Il faut noter que généralement ces codes sont généraux et englobent davantage de thématiques que celle liée à la concurrence. Comme le fait remarquer Marie-Françoise Brule qui est conseillère au SCPC<sup>231</sup>, longtemps les entreprises souhaitant se mettre en conformité pensaient que le simple établissement d'un document interne comme un code de bonne conduite ou une charte d'éthique suffisait. Toutefois, nous verrons par la suite que l'établissement d'un programme de compliance requiert d'autres démarches et que ce document interne n'en est qu'une partie.

L'entreprise doit manager les différents risques qui peuvent l'affecter plus ou moins selon l'environnement dans lequel elle se trouve. Le but est que, par la suite, l'investissement soit consacré à des domaines dans lesquels un programme de compliance pourrait être effectivement pertinent. Les autorités de concurrence et les praticiens s'accordent sur les cinq grandes étapes suivantes afin que les engagements à prévenir les risques ne soient pas lettre morte.

## **§ 2 - Les cinq piliers de la compliance**

Suite à l'identification des risques, les dirigeants de l'entreprise doivent formellement lancer le programme de compliance (A) en nommant une ou des personnes qui s'en chargeront (B). Ce programme s'articule autour de formations (C), ainsi que diverses procédures de contrôles (D) et de sanctions internes (E). Cette partie descriptive est nécessaire afin de faire ressortir toutes les

---

230 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), « Programmes de compliance : dix bonnes pratiques observées en France », in GAUDEMET (A.) (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, op. cit., p. 109.

231 BRULE (M-F.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 2/5*, Colloque organisé par l'AFJE, [https://www.youtube.com/watch?v=\\_aTjgOE4T7k](https://www.youtube.com/watch?v=_aTjgOE4T7k), 22 min 17.

problématiques sous-jacentes de la mise en place d'un programme de compliance en droit de la concurrence de l'Union européenne.

### A- L'engagement officiel des dirigeants de la société

Le programme de compliance est un processus qui repose sur un engagement clair et public de la part des dirigeants de l'entreprise. Ils ont un rôle moteur car, à défaut, « *les objectifs ne seraient ambitieux que sur le papier* »<sup>232</sup>. C'est ce qu'on appelle, en anglais, le « *tone from the top* ». Cette démarche ne correspond pas uniquement à leur devoir de communiquer sur le contenu de la loi auprès des salariés. Le programme de compliance correspond à la concrétisation de cet engagement ainsi qu'au concept de gouvernance d'entreprise. Certains évoquent « *la cascade de la compliance* »<sup>233</sup> pour signifier que la prise de position des hauts placés dans la direction de l'entreprise fournit l'impulsion auprès de tous les employés, lesquels vont donc se sentir engagés dans la démarche de compliance. Cette vision commune de l'organisation de la compliance renforce le bien fondé et le respect du programme. Les praticiens ajoutent qu'« *il suffit [...] qu'un maillon de la chaîne soit défaillant pour que tout le dispositif s'écroule* »<sup>234</sup>. Une étude réalisée par Bergman et Sokol en 2015 au sujet du cartel du fret aérien a démontré que les dirigeants du groupe Lufthansa ont porté les programmes de compliance, lesquels ont donc été efficaces<sup>235</sup>.

Cécile Granier évoque cette étape en mentionnant « *l'autorité morale attachée à la fonction de dirigeants* »<sup>236</sup>. Sur ce point des recherches sur l'économie comportementale ont montré que « *l'être humain, par le biais de mesures ciblées, peut être encouragé, avec succès, à se comporter d'une certaine manière* »<sup>237</sup>. À cet égard, l'étude réalisée en 2014 au Royaume-Uni sur les facteurs de respect du droit de la concurrence indique que la prise de position des dirigeants concourt significativement à ce que l'entreprise se conforme au droit<sup>238</sup>. De même, un rapport de l'OFT en 2010 montrait que si les dirigeants ne s'engagent pas ou qu'ils le font de façon équivoque, le risque de non-respect s'amplifie<sup>239</sup>.

---

232 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 24.

233 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 150.

234 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 153.

235 BERGMAN (H.), SOKOL (D.) (2015), « The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance », in BEATON-WELLS (C.), TRAN (C.) (dir.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary age – Leniency religion*, Oxford, Hart publishing : cité dans COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), *op. cit.*, p. 97.

236 GRANIER (C.), « Dirigeants, associés et compliance », in BORGHA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 229.

237 BESSON (V.), « L'entreprise et l'élaboration d'un programme de compliance », in BORGHA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 201.

238 IFF Research, *op. cit.*

239 OFT, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, 2010.

La responsabilité première des dirigeants sera de montrer aux salariés que la compliance n'est pas seulement une contrainte supplémentaire pesant sur l'entreprise, tout en leur demandant de respecter les dispositions du programme. Ils doivent appuyer l'idée selon laquelle c'est un élément avantageux d'une stratégie commerciale relevant de la responsabilité de chacun. À ce titre, Christine Lagarde, ancienne ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi affirmait que les dirigeants doivent s'adresser « à des responsables de services commerciaux, à des cadres dont l'essentiel, en tout cas une grande partie de la rémunération, est fondée sur des démarches entrepreneuriales actives et parfois agressives qu'ils engagent et [ils doivent] comprendre de quelle manière ces principes de conformité viendront non pas briser leurs élans et freiner leurs efforts, mais au contraire soutenir leur activité. »<sup>240</sup>.

L'avocate Julie Catala Marty affirme que le programme de compliance peut constituer un facteur de solidarité, de cohérence entre les salariés. Cela présente un avantage pour les PME. En effet, les dirigeants de ces PME étant plus proches de leurs salariés, cette démarche de compliance se diffuse en quelque sorte plus facilement. Pour les grandes multinationales, à défaut de pouvoir interpeller les employés en personne, cela implique un investissement plus lourd.

Cet engagement du haut de l'entreprise est particulièrement significatif lorsqu'on sait que les infractions aux règles de concurrence sont majoritairement le fait des cadres dirigeants<sup>241</sup>. Par ailleurs, l'entreprise gagne à communiquer sur cette démarche car de plus en plus d'entreprises cherchent à s'associer avec des entreprises responsables de certaines valeurs éthiques.

Cet engagement de la part des dirigeants n'est pas propre aux conditions mises en place par la France et est notamment mis en avant dans les documents de l'OCDE ainsi que ceux des différentes autorités de concurrence dans l'Union européenne et ailleurs. À titre d'illustration, Brent Snyder explique, à propos du droit *antitrust* américain, « a compliance program must be combined with a real commitment by senior management to be truly effective »<sup>242</sup>. Toutefois, Philippe Poels, spécialiste dans la mise en place de programme de compliance, met en avant que ce *tone from the top* est « mal compris en français »<sup>243</sup>. En effet, il est essentiel que l'engagement pris par les dirigeants ne se réduise pas à un simple discours de lancement du programme de compliance. L'enjeu pour les dirigeants est de donner l'impulsion à la compliance afin que ces sujets fassent

---

240 LAGARDE (C.), « L'avenir de la politique de concurrence française », *op. cit.*, § 8.

241 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 288.

242 SNYDER (B.), *op. cit.*, p. 2. : un programme de conformité doit être combiné à un engagement réel de la haute direction pour être vraiment efficace.

243 POELS (P.), *Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 17 min 36.

partis de la vie quotidienne de l'entreprise et que chaque salarié se sente concerné. De plus, il faut pouvoir être en mesure de prouver l'engagement des dirigeants en cas d'enquête des autorités étrangères. *In fine*, la compliance doit devenir quelque chose de naturel, comme pourrait l'être l'établissement de la comptabilité par exemple. À ce sujet, les études indiquent que, si le management ne se sent pas concerné au quotidien, alors le niveau opérationnel ne se sentira pas concerné non plus.

Cécile Granier relève que, curieusement, les associés ne participent pas à la diffusion de la compliance. Elle note que ces derniers « *ne semblent pas eux-mêmes se positionner comme des acteurs de la compliance* »<sup>244</sup> et les recherches en la matière, tout comme le document-cadre de 2012 de l'ADLC ne les mentionnent que comme des destinataires des informations en la matière. Cette absence est curieuse car, de par leurs investissements, ces derniers peuvent influencer sur la démarche de compliance. Cécile Granier explique qu'en empêchant les associés de peser sur la compliance, « *les dirigeants s'inscrivent alors dans une logique d'autolimitation* »<sup>245</sup> et en font leur affaire. Cependant, c'est oublier que cette démarche peut être risquée, notamment au vu des positionnement des actionnaires aux États-Unis. En effet, dans plusieurs affaires, des actionnaires ont reproché à des dirigeants « *d'avoir tenu un discours lénifiant sur la compliance [...] pour masquer des agissements illicites* »<sup>246</sup>. À titre d'illustration, dans l'affaire Barovic, après que les autorités européennes de concurrence ont dénoncé publiquement le comportement du groupe Microsoft, les actionnaires minoritaires de cette entreprise ont saisi les tribunaux américains<sup>247</sup>.

C'est donc toujours la direction générale qui lance le programme de compliance. Dans cette démarche, le dirigeant est accompagné des personnes en charge de la compliance, plus communément appelé les *compliance officers*.

## **B- Le *compliance officer* : une fonction de coordination pour gérer ces risques**

En deuxième lieu, une ou plusieurs personnes qui seront responsables du programme de compliance doivent être nommées par la direction de l'entreprise. En anglais, le terme utilisé pour les désigner est celui de *compliance officer*. Au cœur du dispositif de compliance, il convient d'évoquer la nature (1) de sa fonction transversale (2) puis son organisation (3) ainsi que les difficultés que pose sa fonction (4).

---

244 ZOLINSKY (C.), « Compliance et droit des données personnelles », *op. cit.*, p. 229.

245 GRANIER (C.) *op. cit.*, p. 234.

246 RODA (J-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 244.

247 U.S. District Court W.D, *Barovic et al. C/ Ballmer*, n° C 14-0540-JCC, 10 déc. 2014 ; cité dans RODA (J-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 245.

## 1) La nature des fonctions du compliance officer

Il est évident que cette personne ne sera pas la seule concernée par la conformité au sein de l'entreprise. Cette personne représente le « chef d'orchestre » pour reprendre les propos de *compliance officer*<sup>248</sup>. En effet, pour avoir un véritable impact positif sur la prévention des pratiques anticoncurrentielles, le programme de compliance doit être mis en œuvre par tous les employés. Ces derniers doivent tous être concernés par la problématique, et non plus seulement « un petit « club » de gestionnaires des « affaires sensibles » »<sup>249</sup> ce qui se passait auparavant, comme le notent certains auteurs. Toutefois, il est reconnu que la compliance, quel que soit le domaine, requiert une expertise en la matière<sup>250</sup>. Par conséquent, en fonction de la taille de l'opérateur économique, une ou plusieurs personnes seront en charge de superviser la démarche de compliance de l'entreprise.

Le *compliance officer* est la personne en charge de piloter le programme de compliance au quotidien dans l'entreprise. Toutefois, ce n'est pas forcément lui qui le met en place. Pour ce qui est du droit de la concurrence, les lignes directrices en la matière, notamment celles établies par le Mouvement des entreprises françaises (MEDEF), recommandent de recourir à un avocat expert dans ce droit. Cet avocat peut être externe, comme interne à l'entreprise. L'avantage de recourir à un avocat interne est qu'il connaît les spécificités dans lesquelles l'entreprise intervient. Cependant, le service juridique de l'entreprise ne bénéficiera pas de la confidentialité de ces avis (*legal privilege*) et il se pourrait qu'il soit lui même impliqué dans une pratique anticoncurrentielle.

Ce « garant de l'ADN de l'entreprise »<sup>251</sup>, pour reprendre les mots de Blandine Cordier-Palasse dispose donc nécessairement de certains pouvoirs pour la mise en œuvre du programme<sup>252</sup>. Ce compliance officer n'a pas pour fonction unique de vérifier que l'entreprise respecte la réglementation. Il a pour tâche principale de mettre en œuvre le programme, de mesurer son efficacité et de mettre à jour les démarches en fonction de l'évolution des pratiques de l'entreprise tout en les contrôlant. Les différents spécialistes en matière de compliance mettent en avant qu'il est nécessaire que, lors de l'élaboration des décisions stratégiques, le service compliance soit consulté. Pour ce faire, il doit également analyser les différentes normes juridiques et comprendre les enjeux

---

248 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 115.

249 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 112.

250 SEHESTED (T.), « Creating A Culture Of Compliance: Why All Successful Businesses Must Do This And Where To Begin », *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/09/17/creating-a-culture-of-compliance-why-all-successful-businesses-must-do-this-and-where-to-begin/#3e0111b55050>

251 CORDIER-PALASSE (B.), « Une profession en devenir : le Compliance officer », *loc. cit.*

252 CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (première partie – l'essor des programmes de mise en conformité au droit français de la concurrence) », *op. cit.*

à la fois du côté de l'entreprise et du côté de la législation. Il doit pouvoir conseiller les cadres et les employés dans leur prise de décision. Luc-Marie Augagneur explique ainsi en quoi consiste leur fonction : « *Au-delà de leur contribution à dire le droit ou à le faire parler, leur contribution suppose une compréhension plus fine des modèles économiques pour contextualiser le risque dans une culture d'entreprise* »<sup>253</sup>. Pour ce faire, il doit avoir de bonnes bases, si ce n'est maîtriser le droit de la concurrence. En tout état de cause, les autorités de concurrence n'ont pas donné de définition précise de la nature des missions du *compliance officer* puisque, pour reprendre les mots de l'avocat Frédéric Puel, « *les tâches confiées au compliance officer seront proportionnées à l'importance accordée au programme* »<sup>254</sup>. Si bien que le statut de ce responsable reste questionné<sup>255</sup>.

Ce deuxième critère pour la mise en place d'un programme de compliance était obligatoire dans le document-cadre de 2012 de l'Autorité de la concurrence. Cette obligation était même plus contraignante à l'origine. En effet, Emmanuel Claudel met en avant que « *la mouture initiale du texte [...] obligeait à ce que la personne désignée soit exclusivement consacrée à cette tâche* »<sup>256</sup>. Le texte a été modifié suite à la consultation publique, notamment pour prendre en compte la position des PME qui n'ont pas nécessairement les moyens d'avoir une personne uniquement dédiée à cette fonction. Ce document-cadre prévoyait donc que la personne désignée devait « *se consacrer de façon effective à la mise en œuvre du programme* »<sup>257</sup>. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a confirmé que, dans le cas des PME, un employé peut être en charge d'une autre fonction à condition de pouvoir se consacrer à la thématique de la compliance en ayant recours, le cas échéant, à des avocats spécialisés en droit de la concurrence<sup>258</sup>. Un autre exemple d'organisation de la prise en charge du programme est celui d'Orange. Jean-Philippe Roulet, directeur de la conformité du groupe, explique qu'en tant que *Group Chief Compliance Officer* il s'occupe pleinement de ces problématiques en collaboration avec des *Chief Compliance Officers* qui ont d'autres fonctions à côté<sup>259</sup>. Dans tous les cas de figure, la désignation de ce responsable permet de montrer que l'entreprise a consacré des moyens à la compliance. À défaut, certains font remarquer qu'« *on peut, à bon droit, douter de l'authenticité de [l']engagement en faveur de la conformité* »<sup>260</sup>.

---

253 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 35.

254 PUEL (F.), « Efficience des programmes de conformité », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.

255 ROSKIS (D.), JAFFAR (S.), « Réflexions sur la portée du document-cadre de l'Autorité de la concurrence », *JCP E*, 2012, n° 21.

256 CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », *op. cit.*

257 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, p. 6.

258 ADLC, décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques.

259 « La compliance chez Orange – entretien avec Jean-Philippe Roulet », *RICEA*, 2014, n° 51-52, p. 7.

260 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 157.

## 2) Une fonction transversale

Le service en charge de la compliance ne traite évidemment pas que de la question du respect des règles de libre concurrence. Alors que certains considèrent que la fonction compliance doit être singulière et en étroite collaboration avec la direction de l'entreprise ; d'autres estiment que cette fonction ne doit pas être spécifique à une personne car elle concerne tous les employés. Une personne travaillant en entreprise a pu ainsi dire : « *je ne pense pas que la création d'une fonction conformité soit réellement positive, a fortiori si elle découle d'une obligation réglementaire, car elle laisse à penser qu'il s'agit d'un sujet à part traité par quelques spécialistes, et non pas un sujet quotidien pour l'ensemble des fonctions de l'entreprise* »<sup>261</sup>. Il reste que l'auteur fait remarquer qu'il vaut mieux que la fonction compliance fasse parti d'une fonction transversale plutôt que personne ne soit désignée de sorte que la compliance soit « *l'affaire de tous, [et] qu'en définitive ce ne soit l'affaire de personne* »<sup>262</sup>. En revanche, il vaut mieux toujours prendre en compte ce que pourrait être la position de l'autorité de concurrence en la matière.

Emmanuel Breen, avocat, et Antoinette Gutierrez-Crespin, avocate associée au cabinet *Ernst & Young*, tous deux spécialisés dans les problématiques de compliance, ont mené une étude auprès de différentes entreprises sur ces thématiques. Il en ressort que les sujets dont les services compliance traitent sont évidemment les règles de concurrence, mais aussi généralement l'anticorruption, les sanctions internationales, l'*export control*, les données personnelles, le développement durable, la responsabilité sociétale, les droits de l'Homme ou encore des questions liées aux ressources humaines<sup>263</sup>. Le *Compliance Officer* doit donc avoir une vision transversale de ces différentes thématiques. Néanmoins, il ne faut pas non plus qu'il soit amené à englober trop de matières, le risque étant que ce dernier ne puisse pas être efficace sans pouvoir réellement se consacrer à chacun de ces thèmes. C'est la raison pour laquelle d'une part, le programme de compliance doit être adapté et proportionné aux risques identifiés et, d'autre part, la fonction de compliance officer doit être organisée en conséquence. Par ailleurs, ce n'est pas au Compliance officer de gérer tous les problèmes de compliance. Ainsi, un responsable d'un pôle Compliance a pu expliquer que « *Si je vois un problème avec l'anti-trust, je le dis, mais ce n'est pas pour autant que je vais essayer d'élargir mon empire* »<sup>264</sup>.

---

261 COLLARD (C.), « Conformité réglementaire et performance de l'entreprise : la vision des acteurs (Regards croisés de directeurs juridiques et de compliance officers) », *Cah. dr. entr.*, 2009, dossier 35, p. 38.

262 *Ibid.*

263 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 114.

264 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 116.

Preuve de l'importance et du devenir de ce métier, des cabinets se spécialisent dans le recrutement de compliance officers. Ainsi, pour Marie Hombrouck, fondatrice d'Atorus Compliance, « *la rentrée 2018 [a été] marquée par un fort développement des demandes de recrutement en compliance, il est essentiel de faire appel à des spécialistes pour bien répondre aux enjeux dans ce domaine* »<sup>265</sup>.

### 3) *L'organisation de la fonction*

La position au sein de l'entreprise du Compliance officer est un sujet important pour assurer la bonne gouvernance du plan de compliance. Il ressort de nombreuses contributions sur le sujet que cette organisation varie d'une entreprise à une autre en fonction de sa taille et de ces risques tout en ayant des traits communs. Il est fréquemment rattaché à la Direction générale, au service d'audit, à la Direction financière et/ou à la Direction juridique. Il faut noter que c'est, en général, à la direction juridique que le responsable compliance est rattaché, voire même que la compliance soit une fonction donnée à la direction juridique. En effet, sur le point de savoir si le responsable compliance doit être juriste, ingénieur, financier ou autre, il est souvent mis en avant que les juristes sont les mieux à même de connaître les risques de conformité réglementaire<sup>266</sup>. De plus, en cas de non-conformité, il pourra y avoir du contentieux. À ce sujet, un directeur juridique souligne que « *d'une certaine façon, c'est de l'avenir de la fonction juridique dont on parle... Par conséquent, ce n'est pas négociable, la conformité doit être [associée] dans le périmètre de la fonction juridique* »<sup>267</sup>. Cependant, le règlement des problèmes de non-conformité ne concerne pas que le service juridique et il est important pour ce service de ne pas être une simple « *tour d'ivoire* »<sup>268</sup>. C'est la raison pour laquelle Maria Lancri<sup>269</sup> insiste sur le fait que le programme doit être accessible par d'autres personnes que les juristes afin que le compliance officer puisse véritablement mettre en œuvre le programme et conseiller. Pourtant, certains considèrent que cette fonction compliance ne doit pas être exercée par un juriste puisque ce n'est pas précisément la même mission.

Des statistiques ont été réalisées sur la répartition des rattachements des *compliance officers*. Ainsi, selon ces benchmark<sup>270</sup>, en 2017, environ 50% sont directement rattachés à la direction juridique et les 50% restants n'y sont pas rattachés mais ont un lien avec la direction juridique. À titre de

---

265 HOMBROUCK (M.), « Atorus Executive crée Atorus Compliance », *Le Monde du Droit*, 2018.

266 QUERENET-HAHN (B.), *Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance*, *op. cit.*, 31 min 05.

267 COLLARD (C.), « Conformité réglementaire et performance de l'entreprise : la vision des acteurs (Regards croisés de directeurs juridiques et de compliance officers) », *loc. cit.*

268 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 186.

269 LANCRI (M.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 2/5*, *op. cit.*, 1h10.

270 TROCHON (J-Y.), *Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance*, *op. cit.*, 19 min 18.

comparaison, aux États-Unis, les *guidelines* du DoJ conseillent de rattacher le *compliance officer* au *top management* et c'est pourquoi 80% y sont directement ou indirectement rattachés contre environ 20% des responsables compliance qui sont rattachés à la direction juridique. Sur ce point, Jean-Yves Trochon évoque que progressivement, en Europe, la fonction compliance devra s'orienter vers une autonomisation et se détacher de la direction juridique. En effet, en principe, il faudrait qu'elle soit rattachée à la direction générale et avoir un accès au Conseil d'administration, ce qui n'est pas le cas dans les faits. En revanche, pour lui dès lors que le *compliance officer* dispose de ressources suffisantes pour assurer son indépendance et son autonomie « *c'est acceptable* »<sup>271</sup>. Au delà de ces débats, ce qui compte est qu'il doit pouvoir se rapprocher de tous les services selon les risques afin d'avoir une vision transverse. Il est important que le *compliance officer* soit indépendant et qu'il dispose de moyens propres pour mettre en œuvre la prévention de la réalisation des risques et les formations. En 2018, une cartographie des directions juridiques réalisée par LEXqi Conseil a montré que 60% des entreprises interrogées ont un Compliance office généralement rattaché à la direction juridique et, parmi ces directeurs juridiques auxquels la fonction est rattachée, 67% considèrent bénéficier d'une indépendance fonctionnelle réelle leur permettant d'exercer la fonction compliance. Cette indépendance permet au programme d'être opérationnel. Par ailleurs, cette étude a montré que les ressources consacrées à la compliance ont augmenté depuis 2015, montrant ainsi qu'il s'agit d'un sujet d'actualité au cœur des préoccupations des entreprises. Cependant, 73% de ces directeurs juridiques exerçant la fonction compliance estiment que les ressources qui leurs sont attribuées ne sont pas adaptées aux enjeux de la matière<sup>272</sup>. Cette dernière question est assez délicate, à tel point que l'étude précitée, réalisée par Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin « *n'a pas permis de savoir si les moyens dont dispose le département compliance sont correctement dimensionnés par rapport aux missions qui lui sont assignées* »<sup>273</sup>. Or, l'enjeu est de taille quand on sait que, certes dans un autre domaine que le droit de la concurrence, des *compliance officers* de groupes bancaires ont du payer des amendes et se sont vus suspendre de leurs missions pour défaut d'exécution effective du programme<sup>274</sup>.

---

271 *Ibid.*

272 LEXQI CONSEIL, Cartographie des directions juridiques 2018, études réalisées en partenariat avec le Cercle Montesquieu et l'Association Française des Juristes d'Entreprise avec le parrainage du cabinet Gide et de LexisNexis, juin 2018, p. 5.

273 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 127.

274 IWEINS (D.), « Infuser la culture compliance en entreprise », *Les Echos EXECUTIVES*, 2017. <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/responsabilite-assurances/030902913434-infuser-la-culture-compliance-en-entreprise-316002.php>

#### 4) *Les difficultés liées à la compliance*

Dans l'exercice de sa fonction, le *compliance officer* peut être confronté à deux différentes problématiques : l'absence de *legal privilege* au sein de l'Union européenne (a) et son éventuelle responsabilité notamment lorsqu'il exprime ou non son désaccord (b).

##### a) *Le legal privilege du compliance officer*

Le *compliance officer* peut rencontrer certaines difficultés dans l'exercice de sa fonction. Il n'est pas protégé au titre de la confidentialité des échanges, c'est-à-dire qu'il ne bénéficiera du *legal privilege* pour reprendre l'expression anglo-saxonne. Cela peut être source de difficultés car il est amené à enquêter sur les pratiques de l'entreprise, sur les risques de non-conformité, à posséder éventuellement des informations incriminantes sur la réalisation d'une infraction, à conseiller, etc.

Il ressort de la jurisprudence Akzo de la Cour de justice de l'Union européenne en 2010<sup>275</sup> qu'à la différence des avocats indépendants et externes, les échanges des entreprises avec le responsable de la compliance, qu'il soit juriste d'entreprise ou avocat interne, ne sont pas confidentiels. Dans cette affaire, le tribunal de première instance des communautés européennes n'a reconnu un *legal privilege* qu'aux documents préparatoires internes à l'entreprise et uniquement si l'entreprise prouve que ces documents « ont été élaborés exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans le cadre de l'exercice des droits de la défense »<sup>276</sup>, et ce même si les documents n'ont pas été adressés à l'avocat externe. Or, pour le tribunal, les programmes de compliance « comprennent des tâches et englobent des informations qui dépassent souvent largement l'exercice des droits de la défense »<sup>277</sup>. La cour de justice a confirmé cette appréciation. Dans l'arrêt AM & S, elle avait déjà jugé que cette protection concerne les communications échangées dans le cadre du droit de la défense du client avec des « avocats indépendants c'est-à-dire [des] avocats non liés au client par un rapport d'emploi »<sup>278</sup>. Or, sans *legal privilege*, tout l'enjeu est de savoir si en mettant en place un programme de compliance, l'entreprise s'expose par la même à un danger. En effet, dans l'Union européenne, les autorités de concurrence peuvent saisir l'ensemble des documents se rapportant à l'objet de leur enquête, y compris ceux établis lors de l'élaboration du programme et

---

275 CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals / Commission*, Rec. 2010 I p. 8301, ECLI:EU:C:2010:512, conclu Kokott.

276 TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-125/03 et T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, Rec. 2007 II p. 3523, ECLI:EU:T:2007:287, pt. 123.

277 TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-125/03 et T-253/03, *op. cit.*, pt. 127.

278 CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S C/ Commission*, Rec. 1982 p. 1575, ECLI:EU:C:1982:157, conclu. Warner, pt. 21.

donc comprenant potentiellement des informations sensibles pour l'entreprise. Sur ce sujet, Xavier Hubert met en évidence que « *le gros paradoxe en matière d'exemplarité, de transparence* »<sup>279</sup> est qu'il ne s'agit pas pour l'entreprise de mener toutes ces politiques ouvertement, à la vue de tous mais plutôt d'avoir la capacité de gérer la confidentialité en interne. En effet, à côté des actions de prévention, dès lors qu'une infraction est révélée en interne, il faut la faire cesser et la sanctionner. À ce propos, Philippe Coen, Vice-Président Directeur Juridique de Walt Disney, affirme qu'« *il faut à la fois augmenter la conformité de manière transparente tout en ne nous donnant pas les moyens de se protéger : c'est un système autofinancé d'auto-sanction et d'autorégulation* »<sup>280</sup>.

De nombreuses contributions ont mis en avant certains inconvénients résultant de cette insécurité juridique. D'abord, certaines entreprises pourraient être tentées de recourir à des cabinets d'avocats pour leur démarche de compliance. Ces derniers seraient donc extérieurs à l'entreprise, et Emmanuel Claudel rappelle que ce « *n'est pas conforme à l'esprit de la compliance, qui tend au développement d'une culture de concurrence « en interne »* »<sup>281</sup>. De plus, le tribunal de première instance des communautés européennes a ajouté, dans l'affaire Akzo, que le fait que le programme de compliance ait été établi par un avocat externe n'entraîne pas « *automatiquement* »<sup>282</sup> la confidentialité des documents. Ensuite, d'autres entreprises pourraient être, au contraire, découragées de mettre en œuvre un tel programme pour ne pas être confrontées au risque de voir ces informations divulguées et utilisées contre elle en cas d'enquête de concurrence. Enfin, si les employés réalisent qu'ils sont engagés dans une pratique anticoncurrentielle, ils ne vont pas forcément se rapprocher du *compliance officer* s'il ne peut pas leur garantir la confidentialité.

Le *legal privilege* existe dans certains pays. À titre d'illustration, l'étude réalisée par le cabinet Europe Economics relève qu'en Amérique et au Canada, les correspondances entre les entreprises et leur conseil inscrit au barreau, qu'il soit interne comme externe, bénéficient du *legal privilege*<sup>283</sup>. Cette différence peut être une difficulté à gérer dans une entreprise intervenant dans plusieurs pays avec des règles distinctes. La compliance amène ces entreprises à devoir composer avec des règles différentes. Certains évoquent, à ce titre, une nécessaire « *harmonisation des*

---

279 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE, op. cit.*, 20 min 12.

280 ROQUILLY (C.), HENKY (P.), JEUNEUX (C.), PRIMOT (M.), SCHAEFFER (P.), TRUQUIN (J-A.), « La protection des échanges et avis juridiques dans une économie mondialisée : pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France », *Lamy droit des affaires*, 2012, n° 77.

281 CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », *op. cit.*

282 TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-125/03 et T-253/03, Akzo, *loc. cit.*

283 Europe Economics, *op. cit.*, p. 61.

*standards* » en mettant en évidence que, dans les grandes multinationales, les programmes de compliance impliquent « *des dizaines de milliers de salariés dans le monde et également parfois plusieurs dizaines de pays [or] sur le plan administratif il est proprement impossible de pouvoir faire varier l'application du programme de conformité en fonction des pays dans lesquels on se situe* »<sup>284</sup>. De nombreux acteurs continuent de faire des propositions afin de faire évoluer ce statut « *pour permettre une compliance efficace* »<sup>285</sup>. Assurément, selon Thierry Boillot, directeur d'affaires *antitrust* et compliance chez Lafarge, « *le statut actuel du juriste d'entreprise en France ne donne pas assez de garanties et constitue un frein au développement de la compliance* »<sup>286</sup>. Ce constat est valable pour les États membres de l'Union européenne. C'est pourquoi, l'ancien directeur de l'Autorité des marchés financiers Michel Prada a réalisé, en 2011, un rapport dans lequel il recommande la création du statut d'avocat en entreprises bénéficiant de la confidentialité pour les échanges internes<sup>287</sup>.

## **b) La responsabilité du *compliance officer***

Une autre question délicate à propos du *compliance officer* est celle de son éventuelle responsabilité. Pour Bénédicte Querenet-Hahn, avocate spécialisée notamment dans la gestion des risques et la compliance, cette fonction porte la responsabilité de la prévention et de la sensibilisation à la compliance mais elle ne porte pas en elle-même la responsabilité de la compliance de l'entreprise. En effet chaque employé fait le choix d'adopter un comportement conforme ou non, selon qu'ils écoutent ou non le *compliance officer*. Cette avocate, lors d'une formation, appuie le fait que la direction générale est responsable de la compliance et que le *compliance officer* l'assiste. C'est ce qui a été mis en place dans la loi dite Sapin II, certes à propos de la lutte anticorruption, avec l'énumération des dirigeants de l'entreprise en charge de l'obligation de prévention. Cette loi concerne les entreprises françaises de plus de 500 salariés réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros<sup>288</sup>. Le but de cette loi est que, en cas d'amende des autorités pour non respect de l'obligation de prévention de la corruption, le *compliance officer* ne soit pas tenu pour responsable. Par extension, étant donné que cette loi en fait une obligation

284 Questions-réponses, Colloque « La culture de la conformité, nouvel horizon du droit français de la concurrence », table ronde n° 2 « La conformité, un atout pour les autorités de concurrence ? », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

285 DEDIEU (D.), FEUGERE (W.), LANCRI (M.), MOSSE (M.), TROCHON (J.-Y.), WINCKLER (A.), « Compliance : entre coopération et contrôle », *RICEA*, 2018, n° 26, p. 14. ; voir aussi, OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 368.

286 GUICHETEAU (C.), *op. cit.*

287 PRADA (M.), *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, 2011.

288 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 17.

pour les entreprises et que le programme ne devrait pas se limiter à la prévention de la corruption, cela est applicable à la compliance en matière de concurrence.

Toutefois, il est certain que si un *compliance officer* commet des actes frauduleux et participe à la mise en place d'un comportement anticoncurrentiel, il en sera tenu pour responsable, au même titre que les dirigeants. À titre d'illustration, le *compliance officer* de Volkswagen, Oliver Schmidt, a été reconnu coupable d'avoir participé à la fraude des logiciels de voitures diesel truqué en dissimulant des preuves, en falsifiant des documents.

Cela amène une autre problématique délicate : celle de savoir, si lorsqu'il est en désaccord avec la prise de décision, le *compliance officer* doit le dire. Selon Bénédicte Querenet-Hahn, de plus en plus l'idée s'impose qu'il doit l'écrire<sup>289</sup>. C'est d'ailleurs la solution préconisée par les lignes directrices sur la protection des données personnelles<sup>290</sup>. Or, encore une fois, si la solution est préconisée pour une partie de la compliance dans l'entreprise, tout laisse penser que cette solution est applicable aux autres risques que le programme entend prévenir, donc les décisions ayant des impacts concurrentiels. Toutefois, cela n'est pas évident en droit français du fait du principe de loyauté envers l'employeur, notion qui sera développée ultérieurement.

Luc-Marie Augagneur précise qu'« *au-delà de la cartographie des risques ou de la définition d'une documentation interne de la conformité, la technique de compliance s'articule autour de dispositifs de détection et de surveillance des risques* »<sup>291</sup>.

### **C- Les nécessaires actions de sensibilisation au droit de la concurrence par des formations**

En troisième lieu, le programme de compliance doit prévoir d'établir des actions de sensibilisation au respect des règles de concurrence auprès des employés. C'est en effet à travers eux que l'entreprise agit quotidiennement. Ce point permet de rendre opérationnel l'engagement des dirigeants dans la mise en œuvre d'un programme de compliance tout en prévenant les infractions non intentionnelles.

Plusieurs types de formations (1) insistant sur les infractions anticoncurrentielles (2) sont envisageables. Tous les employés doivent être formés (4) selon des degrés différents en fonction de

---

289 QUERENET-HAHN (B.), *Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance*, *op. cit.*, 38 min 58.

290 CNIL, Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, 2016, 16/FR, WP 243 rev. 01, p. 16. : « *l'organisme devrait veiller, par exemple, à ce que: [...] l'avis du DPD soit toujours dûment pris en considération. En cas de désaccord, le G29 recommande, à titre de bonne pratique, de consigner les raisons pour lesquelles l'avis du DPD n'a pas été suivi* ».

291 AUGAGNEUR (L.-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 140.

leur exposition aux risques (3). Le but étant qu'ils soient tous impliqués dans le processus de compliance (5).

### **1) Les différentes formes de formations possibles**

Différentes méthodes pour former le personnel au droit de la concurrence, ou plus largement aux risques identifiés, sont possibles. Cela peut être des conférences en présence de spécialistes en la matière, des manuels simples expliquant les manifestations des activités anticoncurrentielles, des messages électroniques, des jeux de rôle, etc. De nombreuses entreprises optent pour des programmes de *e-learning* qui permettent leur suivi. Toutefois, ils peuvent « *ne pas marquer les esprits autant qu'une formation traditionnelle et [...] ne pas ouvrir la possibilité d'un véritable dialogue* »<sup>292</sup>. C'est la raison pour laquelle, il est fréquemment recommandé d'associer le *e-learning* avec des formations traditionnelles pour s'assurer un programme de compliance efficace.

Inéa Conseil recommande d'opter pour une approche basée sur le *digital learning*, c'est-à-dire la production de vidéos faciles à comprendre qui attirent l'attention des employés sur les bonnes pratiques<sup>293</sup>. Ces vidéos seront plus attractives si elles associent les personnes de l'entreprise. Les employés devront ensuite répondre à des questionnaires afin de s'assurer qu'ils ont compris ces bonnes pratiques. Cette démarche sera à compléter, dans un troisième temps, par des formations organisées sur ces thématiques.

### **2) La mise en avant des infractions anticoncurrentielles**

Lors de ces formations, inclure des exemples d'infractions à ces règles, commises éventuellement par l'entreprise, peut être de nature à les sensibiliser davantage. Lors d'une conférence, Philippe Poels proposait de mettre en avant les conséquences que peuvent avoir une infraction sur leurs carrières<sup>294</sup>. Il prend ainsi l'exemple des employés de Colgate qui ont été impliqué, avec des fabricants de produits d'hygiène et d'entretien, dans l'entente illicite sur les prix de certains produits entre 2003 et 2006 que l'ADLC a condamné d'une amende de près d'un milliard d'euros<sup>295</sup>. Aucun des managers de l'époque n'est sorti intact de cette affaire car soit leurs carrières se sont arrêtées, soit elles ont eu du mal à s'en remettre. C'est également ce qu'il est possible

---

292 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 123.

293 JACOB (O.), *Enjeux de la Compliance/Conformité dans les entreprises*, Inéa Conseil, <https://www.youtube.com/watch?v=bfZr421AQxg>, 5 min 25.

294 POELS (P.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 44 min.

295 ADLC, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; confirmé par CA Paris, arrêt du 27 octobre 2016.

d'expliquer aux dirigeants pour les convaincre de s'engager dans une démarche de compliance.

### 3) Les différents degrés de formations en fonction des risques

Les lignes directrices sur les programmes de compliance aux règles de concurrence établies lors du Forum de la concurrence de Sofia donnent beaucoup d'indications et notamment comment organiser les formations en fonction des risques identifiés<sup>296</sup>. Le Forum de la concurrence de Sofia est une initiative régionale organisée par la Commission de protection de la concurrence de la Bulgarie afin d'instituer une application uniforme des règles de concurrence entre les pays de la région des Balkans en lien notamment avec la CNUCED. Ces lignes directrices conseillent de distinguer trois types de formations en fonction du degré de risque auquel les employés sont confrontés en raison de leurs activités et positions dans l'entreprise, à savoir faible, moyen et fort. De la sorte, les employés confrontés à un risque fort devront suivre une formation plus approfondie que les autres. Ces lignes directrices donnent des exemples de situations. Par exemple, en ce qui concerne les ententes, en général, les employés ayant des contacts réguliers avec les concurrents présentent un risque élevé d'infractions. Les employés qui ont des contacts seulement ponctuels avec les concurrents présentent un risque moyen. Par contre, le personnel administratif et technique présente un faible risque. Par conséquent, la formation ne sera pas la même. En revanche, un point important est que tous les employés, même ceux qui ne présentent qu'un risque faible *a priori*, participent à des formations et doivent *a minima* être sensibilisés aux risques concurrentiels.

Les lignes directrices sur les programmes de compliance en droit de la concurrence du cabinet BusinessEurope établissent également une liste des personnels qui devraient suivre une formation en raison des risques de violations des règles de concurrence : ceux qui prennent des décisions en matière de commercialisation, de prix, ou des stratégies connexes ; ceux qui participent au développement du matériel de marketing ; ceux qui sont en contact direct avec des concurrents, des clients, des fournisseurs ou des distributeurs ; ceux qui participent aux réunions d'associations commerciales<sup>297</sup>.

De même, la loi Sapin II, bien qu'elle ne concerne pas directement le droit de la concurrence mais prévoit une obligation de compliance, prévoit une formation « *aux personnels les plus exposés aux risques* »<sup>298</sup>. Néanmoins, les lignes directrices du SCPC conseillent vivement de procéder, d'une part, à des actions de sensibilisation pour l'ensemble des personnels, et d'autre part, à des formations

---

296 Sofia Competition Forum, *Guidelines on corporate programs for compliance with competition rules*, [https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb\\_SCF\\_CorporateCompliance\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_CorporateCompliance_en.pdf).

297 BusinessEurope, *op. cit.*, p. 19.

298 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, art. 18.

ciblées en fonction des postes de ces derniers et de leurs risques d'infraction<sup>299</sup>. C'est donc également une démarche pouvant être adoptée dans le cadre d'un programme de compliance aux règles de concurrence.

Par ailleurs, ces formations peuvent être élargies à d'autres personnes que les salariés de l'entreprise. Les associations professionnelles font participer leurs collaborateurs à des formations afin d'assister aux réunions. La compliance c'est tout un processus qui ne se limite pas forcément à l'entreprise elle-même. L'entreprise se trouvant généralement dans une chaîne d'approvisionnement, le risque peut se trouver au niveau des fournisseurs. Maria Lancri, avocate qui a notamment été *compliance manager* au sein de l'entreprise Hachette, signale que les contrôler en se renseignant sur eux fait parti de la démarche de compliance. De la sorte, elle mentionne le fait que les fournisseurs peuvent éventuellement participer à la formation<sup>300</sup>. Cela peut d'ailleurs se transformer en un avantage pour l'entreprise puisqu'elle va pouvoir potentiellement être en mesure de détecter une pratique anticoncurrentielle chez un fournisseur, voire même un concurrent. Dans ce dernier cas, elle pourrait préparer le fait qu'une autorité de concurrence étende son enquête sur elle. Or, il est fréquemment mis en avant qu'une enquête qui n'aboutit pas sur une condamnation est une perte d'argent et de temps.

#### **4) L'intérêt de former tous les employés**

Certains trouvent ces formations inopérantes dans le cadre des démarches de compliance, arguant le fait que les personnes qui enfreignent les lois le savent<sup>301</sup>. Toutefois, elles sont nécessaires car, en droit de la concurrence, beaucoup d'infractions sont commises par négligence alors que les employés estiment agir au profit de l'entreprise en gagnant des parts de marché. De plus, si certaines personnes peuvent effectivement adopter un comportement anticoncurrentiel quoi qu'il arrive et le savent pertinemment, des personnes peuvent en être témoins et ne pas savoir la nature contrevenante de ce comportement. Grâce à la formation, et aux mécanismes d'alerte décrits dans la partie suivante, le programme de compliance permet de faire remonter l'information aux dirigeants qui pourront décider d'agir avant qu'une enquête de concurrence soit éventuellement ouverte. Joseph Murphy met ainsi en évidence que « *les secrétaires, le personnel qui se déplace, les assistantes, les subordonnés et d'autres soupçonnent souvent qu'il y a quelque chose de « drôle* »,

---

299 SCPC, *Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales*, mars 2015, p. 7.

300 LANCRI (M.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 2/5*, op. cit., 1h.

301 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, op. cit., p. 299.

mais c'est seulement grâce à une formation qu'ils prennent conscience de la gravité des faits et de ce qu'ils peuvent intervenir »<sup>302</sup>. Sans commettre des infractions, ils peuvent en être témoins et, par exemple, une table ronde de l'OCDE explique que « les commerciaux peuvent ne pas comprendre pourquoi il leur est interdit de conclure une affaire lucrative et de toucher la commission associée. Les salariés d'une usine peuvent ne pas voir pourquoi ils doivent arrêter la production, alors que les ventes ont augmenté. »<sup>303</sup>. Autant d'éléments qui peuvent ne pas être significatifs pour des employés pris isolément, mais qui peuvent s'avérer utile pour le *compliance officer* pour détecter une pratique anticoncurrentielle se mettant en place et la stopper avant une enquête de concurrence. Bien sur, la situation sera plus délicate si ce sont les dirigeants eux-mêmes qui contreviennent.

En tout état de cause, il est important de sensibiliser tous les employés au droit de la concurrence. Comme le précise l'organisation Business Europe dans ses lignes directrices<sup>304</sup>, en application des règles nationales ou de l'Union européenne, des pièges peuvent se trouver dans chacune des décisions de prix, des contacts avec un concurrent, des réunions d'association d'entreprise, des stratégies de vente, des accords de distribution, etc. En résumé, le risque de non compliance aux règles nationales et européennes peut se trouver dans chaque opération commerciale quotidienne. C'est pourquoi, il est indispensable que, dans l'établissement d'un programme global de compliance, l'entreprise fasse une place aux risques liés au respect des règles de concurrence.

Les formations sont utiles pour les employés, mais également pour ceux qui la dispense. Une formation efficace est basée sur les risques identifiés et le formateur devra être attentif à des réactions inhabituelles ou encore à des questions du type : « que se passerait-il si un commercial faisait ceci », « alors, ils ne s'intéressent pas à ce type d'affaires, n'est-ce-pas ? »<sup>305</sup>. Cela permet par la suite de se renseigner plus en profondeur sur la pratique de l'employé. C'est la raison pour laquelle l'OCDE, dans ses lignes directrices en la matière, conseille des formations en petits comités, certes plus coûteuses, mais qui amènent à des échanges avec les employés, le cas échéant sur des pratiques douteuses.

##### **5) L'objectif : faire en sorte que tous les employés se sentent concernés par la compliance**

Pour que tous les employés se sentent concernés, il est important que les formations ne visent pas que des juristes et soient accessibles à tous. Ils ne doivent pas percevoir les formations

---

302 *Ibid.*

303 OCDE, *Promoting compliance with competition law, op. cit.*, p. 300.

304 BusinessEurope, *op. cit.*, p. 3.

305 *Ibid.*

comme une contrainte, une sorte de surveillance malveillante et/ou une perte de confiance des managers. À défaut, les formations risquent de ne pas atteindre leurs objectifs. Dans leur étude sur les bonnes pratiques de compliance, Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin, relèvent que l' « *approche de la compliance, ainsi définie, est distinguée de celle de l'audit par son caractère « amical », et donc essentiellement pédagogique : « Notre discours c'est : “ ne mettez pas les pieds là, vous allez vous faire mal ” »* [selon un responsable de la compliance interrogé] »<sup>306</sup>. Dans le même ordre d'idée, il peut être important que les dirigeants, que ce soit le conseil d'administration ou la direction générale par exemple, prennent part à ces formations afin de montrer que le *top from the top* n'est pas qu'une déclaration de principe.

À l'issue de ces formations, les employés doivent connaître les principales interdictions en droit de la concurrence, leurs conséquences pour l'entreprise et les pratiques à éviter afin d'être en mesure, le cas échéant, de les détecter et de savoir comment les dénoncer. Ces formations doivent avant tout sensibiliser le personnel aux risques spécifiques à l'entreprise qui ont été identifiés. Dans toutes ces démarches, plus les managers s'impliquent et plus les employés vont comprendre qu'il s'agit d'un enjeu important au sein de l'entreprise. Les formations doivent également servir à préparer les employés à une éventuelle enquête sur place des autorités de concurrence sans avertissement préalable. Il s'agit d'éviter qu'ils entravent l'enquête par exemple en détruisant ou en gardant pour eux des éléments de preuve, mais aussi leur faire prendre conscience qu'ils bénéficient de certains droits de la défense.

Par ailleurs, tout comme le programme de compliance doit être réexaminé périodiquement, les formations devront être actualisées le cas échéant. Il est également important de prévoir des mesures s'assurant de la compréhension des règles de concurrence par les opérationnels. Ces formations vont prouver la réelle volonté de prévention des comportements anticoncurrentiels au sein de l'entreprise. Cependant, la CNUCED regrette que des formations ne soient pas fréquemment utilisées du fait de leurs coûts<sup>307</sup>.

Les formations sont donc un élément central des programmes de compliance car elles permettent de sensibiliser tous les employés de l'entreprise au droit de la concurrence. Elles sont complétées par l'établissement d'un mécanisme d'alerte pour assurer que chacun dans l'entreprise soit responsable du respect du droit mais qui n'est pas sans poser de difficultés.

---

306 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 123.

307 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 14.

## **D- Les contrôles et l'alerte : des outils pour assurer le respect de la politique de compliance**

Le quatrième point important du programme de compliance consiste à contrôler que chacun des employés de l'entreprise, quel que soit son niveau hiérarchique, respecte la politique de compliance mise en place. Une politique de contrôle (1) mais aussi d'alerte (2) doit donc être mise en place.

### ***1) Le contrôle interne de la compliance***

La bonne compréhension des formations doit être contrôlée. De plus, les personnes et organismes ayant écrits sur le sujet conseillent aux entreprises de réaliser des audits juridiques et commerciaux. Ces derniers peuvent être menés par des personnes extérieures dans le but de garantir leur caractère objectif, impartial. Il ne faut pas négliger cette dimension car un audit pourrait, par exemple, aboutir à la découverte d'une liste sur laquelle figure les prix d'un concurrent dans les fichiers informatiques du service de ventes. Dans ce cas, il faudra creuser la problématique car, du point de vue du droit de la concurrence, soit c'est légal car reçu de la part d'un client, soit c'est un échange illicite d'informations entre concurrents<sup>308</sup>. La fréquence de ces audits est susceptible de varier en fonction du programme de compliance et est spécifique à chaque entreprise. Pour les guider, l'ADLC en France avait recommandé d'en réaliser lors des événements pouvant entraîner de nouveaux risques vis-à-vis du droit de la concurrence tel que l'acquisition d'une nouvelle entreprise<sup>309</sup>.

D'autres méthodes de suivis sont possibles comme le contrôle régulier des marges, de la passation des marchés publics, des processus de ventes. Il s'agit, pour reprendre les explications de Xavier Hubert, de vérifier si la politique interne de compliance est viable ou non et quels points sont les éléments éventuels à améliorer<sup>310</sup>.

Toutefois, de nombreux spécialistes en la matière relèvent que cette dimension de contrôle n'est pas souvent présentée par les *compliance officers*, ces derniers préférant « *endosser des habits amicaux* » plus que « *répressifs* »<sup>311</sup>. Cela n'est d'ailleurs pas uniquement valable pour les programmes de compliance en droit de la concurrence. Il en va pourtant de l'application effective du programme. L'avocat spécialisée en droit de la concurrence Marie-Cécile Rameau relève que

---

308 BusinessEurope, *op. cit.*

309 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012 *op. cit.*, p. 8.

310 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, *op. cit.*

311 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 110.

l'intervention des avocats et juristes pour ces formations et audits « *a radicalement changé [...et] se déroulent aujourd'hui dans une atmosphère beaucoup plus tendue qu'il y a une dizaine d'années* »<sup>312</sup> avec l'accroissement des risques encourus par les entreprises. Il ne suffit plus, en effet, d'établir de simples chartes éthiques ou codes de conduite sans s'en assurer le respect.

## **2) Les mécanismes d'alertes internes**

L'entreprise est invitée à mettre en place un système d'alerte permettant des dénonciations en son sein même. Ce système augmente les chances de détecter des infractions au droit de la concurrence tout en incitant le personnel à la compliance. Dans cette matière d'influence anglo-saxonne qu'est la compliance, c'est ce qu'on appelle fréquemment la *whistleblowing hotline*, c'est-à-dire, littéralement, la personne qui donne un coup de sifflet. Il s'agit d'une ligne d'alerte professionnelle, d'alerte éthique qui doit permettre à un lanceur d'alerte de faire remonter un comportement qu'il considère comme étant potentiellement anticoncurrentiel tout en lui garantissant la confidentialité. Ce mécanisme est d'origine anglo-saxonne (a) ce qui explique qu'il n'est pas sans poser de difficultés au sein de l'Union européenne, notamment sur la question de l'anonymat du lanceur d'alerte (b). Malgré son encadrement (c), cette procédure reste critiquée (d).

### **a) L'origine anglo-saxonne du système d'alerte importé dans l'Union européenne**

Ce mécanisme de *whistleblowing* provenant des systèmes anglo-américains, dans lesquels le respect de la norme a une certaine connotation morale<sup>313</sup>, n'est pas sans poser problème dans les systèmes juridiques continentaux, en particulier en France, où l'introduction de ce mécanisme est récent. L'avocat en droit économique Frédéric Saffroy, explique que ces mécanismes ont été introduit en 2003 et ont été « *assimilés à la délation pratiquée pendant la Seconde Guerre mondiale et les codes d'éthiques considérés, au mieux comme des truismes, au pire comme d'inutiles générateurs de confusions* »<sup>314</sup>. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) elle-même les qualifie de « *système organisé de délation professionnelle* »<sup>315</sup>. L'avocat Jean-Christophe Grall explique que cela est dû à une différence culturelle entre les deux côtés de

---

312 RAMEAU (M-C.), « Propos introductifs », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 37.

313 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 96.

314 SAFFROY (F.), « Loi « Sapin II » : les alertes professionnelles et les codes d'éthique obligatoires », *Alerion.news, Newsletter Spéciale Compliance*, 2017, p. 1.  
[http://www.alerion-avocat.paris.fr/IMG/pdf/newsletter\\_alerion\\_janvier\\_2017\\_compliance.pdf](http://www.alerion-avocat.paris.fr/IMG/pdf/newsletter_alerion_janvier_2017_compliance.pdf).

315 CNIL, Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande de McDonald's France pur la mise en œuvre d'un système d'intégrité professionnel ; CNIL, Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de "ligne éthique".

l'Atlantique, en particulier en France où le droit est considéré comme une contrainte et non comme un outil stratégique<sup>316</sup>. C'est donc, en lien avec la montée de la compliance, les multinationales avec des filiales aux États-Unis qui ont connu en premier lieu cette pratique. Ces dispositifs d'alerte ont dû être admis dans les différents pays d'intervention de la multinationale. Pour évoquer ce changement culturel, l'avocate spécialisée en droit de la conformité et ancienne ministre des affaires européennes Noëlle Lenoir évoque que « *l'époque où l'on « lavait son linge sale en famille » dans les entreprises, les administrations, les partis politiques ou encore les syndicats, touche lentement, mais sûrement, à sa fin* »<sup>317</sup>. C'est là, l'un des enjeux de l'apparition de la compliance en droit de la concurrence.

Pour ce qui concerne le droit de la concurrence, en France, le Conseil de la concurrence, à l'époque, a consacré la validité du système d'alerte professionnelle, dans le cadre de la mise en place d'un programme de conformité, dans une décision du 26 juin 2007<sup>318</sup>. La CNIL, ayant changé de position entre temps, était intervenue lors de cette décision en indiquant que « *si le champ d'application de ces procédures d'alerte avait été initialement restreint aux infractions préjudiciables au patrimoine de l'entreprise, afin d'éviter tout risque d'atteinte aux droits des salariés, il n'y avait aucune objection de principe à ce que les infractions au droit de la concurrence soient également visées, les entreprises devant néanmoins déposer un dossier individuel d'autorisation auprès de la [CNIL]* »<sup>319</sup>. Par l'introduction de ce dispositif, il s'agit donc d'établir un équilibre entre la protection du lanceur d'alerte et la préservation des droits de la personne faisant l'objet de l'alerte alors que cette dernière peut ne pas s'avérer fondée. De plus, une attention doit également être apportée afin que les secrets professionnels ne soient pas enfreints, ce qui est pénalement condamnable.

En France, la CNIL a un rôle à jouer dans ces dispositifs d'alerte en raison du traitement des données personnelles que cela implique et, au regard du droit social, du fait que des personnes peuvent perdre leur contrat de travail<sup>320</sup>. Cette Commission a ainsi établi, en 2005, une autorisation unique (AU-004) de traitements automatisés de ces données<sup>321</sup> s'appliquant au système d'alerte

---

316 WATIN-AUGOUARD (J.), « Une « compliance » acclimatée », *op. cit.*, p. 3.

317 LENOIR (N.), « Les lanceurs d'alerte, une idée neuve en Europe », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 107.

318 Cons. conc., décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

319 *Ibid.*, § 132.

320 CATALA MARTY (J.), FOUGEA (C.), « Comment intégrer le paramètre social dans la mise en oeuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence », *RICEA*, 2015, n° 41, p. 15.

321 CNIL, Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004), JORF

interne concernant notamment les comportements anticoncurrentiels. L'entreprise doit l'obtenir avant de mettre en œuvre le système d'alerte. Dès lors que le système d'alerte envisagé respecte les conditions contenues dans cette autorisation, elle peut simplement déposer un engagement de conformité du système d'alerte auprès de la CNIL<sup>322</sup>. Cette autorisation a fait l'objet de plusieurs modifications, la dernière en date étant celle de 2017 suite à l'adoption de la loi dite Sapin II.

### ***b) La délicate protection des lanceurs d'alerte : la question de l'anonymat***

Il paraît nécessaire de garantir au donneur d'alerte une protection contre notamment le risque de représailles, à défaut de quoi il n'y aurait pas de dénonciation. Cette protection est prévue, depuis longtemps, aux États-Unis<sup>323</sup>, au Royaume-Uni<sup>324</sup> ou encore en Suède<sup>325</sup>.

Aux États-Unis, le système du *whistleblowing* est particulièrement attractif et encourage les entreprises à établir des programmes de compliance efficaces sur ce point. Jean-Christophe Roda explique qu'à travers des actions privées, un employé constatant un abus peut le dénoncer en justice en son nom ou pour le compte de l'autorité publique, en l'occurrence de concurrence. Ce dernier peut obtenir de 15 à 30% du montant des amendes prononcées si l'alerte s'avère fondée<sup>326</sup>. Il est possible qu'avec le temps, l'évolution des pratiques de compliance mènent encore une fois à introduire ces pratiques dans notre système juridique européen. Il faut d'ailleurs noter que dans les multinationales, les différents systèmes peuvent entrer en conflit. Les lanceurs d'alerte vont préférer se tourner vers les autorités judiciaires américaines afin de bénéficier d'un avantage financier, plutôt que de faire remonter l'information au responsable compliance de l'entreprise européenne. Il n'y a, en effet, aucune obligation de se tourner vers son autorité nationale. Il existe donc un risque d'instrumentalisation du système étant donné que les États-Unis ne sont pas les seuls à offrir une compensation financière au lanceur d'alerte. On peut citer le Royaume-Uni, la Corée du Sud ou encore la Malaisie<sup>327</sup>. Noëlle Lenoir évoque que d'éventuels « *accords entre autorités judiciaires, non seulement au sein de l'UE, mais par exemple entre les États-Unis et les États membres* »<sup>328</sup> sont possibles notamment pour garantir la protection des lanceurs d'alerte à l'étranger.

---

du 4 janvier 2006. Dernière modification par la délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017, JORF n° 0172 du 25 juillet 2017.

322 CATALA MARTY (J.), FOUGEA (C.), *loc. cit.*

323 Whistleblower Protection Act, 1989, renforcé par la suite.

324 Public Interest Disclosure Act, 1998, protégeant les lanceurs d'alerte des secteurs publics et privés, renforcé par la suite.

325 Loi du 2 décembre 1966 protégeant les lanceurs d'alerte en garantissant le droit d'accès à l'information, y compris aux documents officiels, et la liberté de parole.

326 RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 242.

327 LENOIR (N.), *op. cit.*, p. 115.

328 *Ibid.*

Cette protection est relativement récente en France et, à ce titre, relevons que le document-cadre de 2012 de l'ADLC ne mentionnait aucunement le caractère anonyme de ces dénonciations. À cette époque, deux conceptions étaient en jeu. D'une part, l'étude réalisée en 2008 par le cabinet Europe Economics à la demande du Conseil de la concurrence établissait que « *l'absence de toute possibilité d'anonymat pour les employés en France fait que le système d'alerte sera probablement moins efficace* »<sup>329</sup>. D'autre part, cette même étude montrait que les syndicats y étaient opposés et la CNIL mettait en garde contre le risque d'instrumentalisation avec des dénonciations calomnieuses que cela engendrerait<sup>330</sup>. La délibération portant autorisation unique de la CNIL susmentionnée prévoit bien que les lanceurs d'alerte ne peuvent rester anonyme qu'exceptionnellement<sup>331</sup>. Ainsi, Alain-Marc Irissou, directeur des affaires juridiques du groupe Total en 2009, précise que Total garantit « *à tous les salariés qui le désirent une parfaite confidentialité s'ils signalent des faits et des anomalies ou s'ils demandent un avis au comité d'éthique, composé de cinq personnes, mais nous ne prenons absolument pas en compte les lettres anonymes. En revanche, nous écoutons et nous entendons des gens qui écrivent ouvertement* »<sup>332</sup>. Certes, l'anonymat n'est donc pas entier en France mais l'identité du donneur d'alerte ne doit pas être dévoilée après qu'il ait donné l'alerte. De l'autre côté, la ou les personnes visées par l'alerte doivent en être informées afin de pouvoir éventuellement s'opposer au traitement de leurs données<sup>333</sup>.

Par la suite, le document-cadre de 2012 de l'ADLC prévoyait que cette procédure d'alerte devait obligatoirement être mise en place au sein de l'entreprise, malgré les contributions lors de la consultation préalable soutenant son caractère facultatif<sup>334</sup>. Depuis, ce mécanisme s'est développé et des auteurs relèvent qu'il a révélé son efficacité, en particulier en droit de la concurrence<sup>335</sup>. En dépit du retrait de ce document-cadre, il semble que cette procédure d'alerte continue d'être obligatoire dans la démarche de compliance. Plusieurs raisons à cela et qui sont celles que nous avons déjà développées : le fait que le document-cadre soit toujours disponible en ligne, qu'en réalité l'ADLC a durci sa position et n'a donc sûrement pas infléchi cette position sur l'alerte. De plus, il faut mentionner l'influence de l'adoption de la loi Sapin II qui rend cette étape également obligatoire.

---

329 Europe Economics, *op. cit.*, p. V.

330 WATIN-AUGOUARD (J.), « Une « compliance » acclimatée », *op. cit.*, p. 3.

331 CNIL, Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017, *op. cit.*, art. 2.

332 IRISSOU (A-M.), « Questions-réponses », *op. cit.*, question 3.

333 CNIL, Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017, *op. cit.*, art. 9.

334 CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », *op. cit.*

335 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *loc. cit.*

La Commission européenne dispose d'un système autorisant les particuliers à l'alerter sur des comportements anticoncurrentiels de manière totalement anonyme<sup>336</sup>, ce qui devrait favoriser les dénonciations, éventuellement résultant d'un programme de compliance. Il n'est pas prévu de récompense pour la personne qui dénonce. Frédéric Puel y voit une stratégie pour la Commission européenne d'« *augmenter la pression sur les entreprises afin que celles-ci mettent en place des programmes de conformité efficaces* »<sup>337</sup>. Toute la difficulté, pour l'entreprise, sera de savoir si elle ne va pas « *se tirer une balle dans le pied* »<sup>338</sup> en mettant à la connaissance des employés ce dispositif garantissant l'anonymat.

La prochaine avancée est la création d'un statut du lanceur d'alerte à l'échelle de l'Union européenne. En ce sens, sur la base d'une résolution du Parlement européen en février 2017<sup>339</sup>, la Commission européenne a présenté, en avril 2018 une proposition de directive<sup>340</sup> sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union. Elle estime que « *les lanceurs d'alerte peuvent aider à détecter, à instruire et à sanctionner des violations du droit de l'UE* »<sup>341</sup>. En autres législations, cette directive concernera les atteintes au droit de la concurrence de l'Union européenne. Contrairement à ce que souhaitent les États membres, les lancements d'alertes ne se feront pas, de façon prioritaire, en interne. De plus, elle prévoit une plus grande protection pour les lanceurs d'alerte. Le projet de directive a été adopté le 16 avril 2019 par le Parlement européen<sup>342</sup>.

### ***c) L'encadrement de la procédure***

S'agissant du déroulé de la procédure elle-même, il est possible de rendre accessible ces lignes d'alerte à des personnes tierces à l'entreprise. L'ADLC a eu l'occasion de préciser que cette procédure d'alerte pouvait être confiée à un prestataire externe, au directeur juridique<sup>343</sup> ou encore au responsable du programme par exemple<sup>344</sup>. L'avocat Frédéric Puel conseille vivement de confier

336 PUEL (F.), FRANCOIS-MARTIN (L.), « La Commission européenne met en place un système de lancement d'alertes anonymes pour les particuliers », *JCP E*, 2017, 308, p. 5. ; Commission UE, Service de hotline <http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>, lancée le 16 mars 2017.

337 PUEL (F.), FRANCOIS-MARTIN (L.), *op. cit.*, p. 6.

338 *Ibid.*

339 Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

340 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD).

341 Commission UE, Communiqué de presse, *Protection des lanceurs d'alerte: la Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l'UE*, 23 avril 2018, IP/18/3441.

342 Parlement européen, Communiqué de presse, *Protection des lanceurs d'alerte: nouvelles règles adoptées à l'échelle de l'UE*, 2019, 20190410IPR37529.

343 ADLC, décision n° 12-D-27 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles, § 338.

344 Cons. conc., décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007, *op. cit.*

ce travail à une personne extérieure à l'entreprise pour la même raison que certains conseillent un *compliance officer* extérieur : la confidentialité. En effet, en cas d'enquête de concurrence, les autorités ne pourraient pas saisir tous les éventuels éléments à charge résultant des alertes si ces derniers ne se trouvent pas dans les locaux de l'entreprise.

Toutes les alertes sur des manquements relevés ne feront pas l'objet d'une investigation interne car elles ne seront pas toutes fondées, ce qui nécessite une sorte de tri préalable en fonction du caractère vraisemblable des informations apportées<sup>345</sup>. En cas d'enquête interne, il faudra faire attention à respecter certains principes comme ceux de confidentialité, d'objectivité, d'impartialité, de proportionnalité, de respect de la vie privée et des données personnelles. Des auteurs insistent sur le fait que « *de stricts gardes fous* »<sup>346</sup> doivent accompagner ces dispositifs de lancement d'alerte afin de rester dans la légalité et dans les limites autorisées par la CNIL. Cela peut être fait à travers l'établissement d'un code de conduite à respecter en cas d'investigation interne. Des spécialistes insistent sur le fait que le rôle des enquêteurs internes n'est ni celui d'un officier de police, ni celui d'un détective privé<sup>347</sup>. Sur ce point, il est intéressant de relever qu'une nouvelle fonction apparaît au sein des entreprises : celle de responsable d'investigation. Pour reprendre l'appellation d'origine qui marque à nouveau une pratique venue d'Outre-Atlantique s'imposant progressivement dans l'UE, ce sont des *forensic auditors*. Néanmoins, il ressort des études à ce sujet, que pour l'instant, peu d'entreprise dispose de cette fonction spécialisée<sup>348</sup>.

L'un des avantages d'une dénonciation est que, si elle s'avère fondée, l'entreprise peut réagir, réaliser une demande de clémence en cas d'entente anticoncurrentielle, restreindre la durée de l'infraction et donc le montant éventuel de l'amende encourue. Elle peut également, en interne, décider de sanctions contre les contrevenants. De la sorte, des auteurs qualifient ce mécanisme de « *corollaire naturel des compliance programs* »<sup>349</sup> devant être perçu comme un dispositif bénéfique pour l'entreprise. Dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il peut être vu comme une extension, en interne, des procédures de clémence. Toutefois, il est important de « *ne pas entamer la confiance, premier capital de l'économie* »<sup>350</sup> en mettant en avant que l'alerte ne se réduit pas à la dénonciation<sup>351</sup> permettant de préserver les intérêts de l'entreprise et donc des

---

345 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 126.

346 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 255.

347 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 257.

348 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *loc. cit.*

349 ROSKIS (D.), BECKHARD (J.), DOREMUS (C-M.), « CNIL et concurrence : un mariage de raison », *JCP E*, 2007, n° 37, p. 4.

350 FRISON-ROCHE (M-A.), « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *op. cit.*, p. 13.

351 LENOIR (N.), *op. cit.*, p. 105.

salariés.

#### **d) Une procédure critiquée**

Certains restent opposés à ce dispositif qui a pour résultat selon eux de « *saper la solidarité entre les employés, diviser pour mieux régner, créer de la défiance au sein du personnel* »<sup>352</sup>. D'autres estiment qu'il contribue à renforcer la nature répressive des règles de concurrence<sup>353</sup>. D'autres encore vont jusqu'à considérer que « *l'alerte professionnelle, mise à la charge de chacun, c'est l'espionnage par son voisin [...], le harcèlement moral au travail, l'atteinte à la vie privée et l'émergence d'un risque psychosocial, contre lesquels les employeurs doivent désormais veiller* »<sup>354</sup>. L'étude déjà mentionnée de Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin fait état de peu de communication sur la possibilité de déclencher une alerte au sein des entreprises ainsi que des réserves à alerter à cause de doutes sur la protection effective du lanceur d'alerte<sup>355</sup>. Une étude réalisée par le Conseil d'État en 2016 met également en avant que « *ces dispositifs existants sont peu utilisés [et] ne garantissent pas toujours aux lanceurs d'alerte une protection efficace* »<sup>356</sup>.

Par ailleurs, Christophe Roquilly fait remarquer qu'en France, la procédure d'alerte peut « *constituer per se un risque juridique [et] se heurter à certaines dispositions du Code du travail, ou de la loi Informatique et libertés* »<sup>357</sup>. C'est pourquoi, l'entreprise doit s'assurer du respect de la réglementation relative aux données personnelles, des règles du droit du travail, de la préservation de la réputation de la personne qui dénonce et de la conservation de ses preuves. En contrepartie, les lanceurs d'alerte doivent être de bonne foi et ne pas abuser du système d'alerte. Ce dispositif ne doit pas servir à calomnier un collègue en raison d'un règlement de compte personnel. Dans le cas de mauvaise foi, si les faits s'avèrent non fondés, il ne sera pas protégé.

Tous ces mécanismes correspondent à la « *due diligence* » pour reprendre l'expression anglo-saxonne, c'est-à-dire à la diligence raisonnable. Selon la formule de l'ADLC, il s'agit de rendre les programmes de compliance substantiels, crédibles et vérifiables. Une autre étape significative est de mettre en place une politique de sanction en interne.

---

352 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 210.

353 ROSKIS (D.), BECKHARD (J.), DOREMUS (C-M.), *op. cit.*, p. 3.

354 AYELA (C.), BIHANNIC (K.), « Nouveau coup de sifflet contre le whistleblowing : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *Lamy droit des affaires*, 2011, n° 65.

355 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 125.

356 CE, Communiqué de presse sur l'étude « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger » rendue publique le 13 avril 2016, p. 2.

357 ROQUILLY (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*

## E– L'établissement d'incitations par des sanctions en interne

Dans l'optique d'assurer l'effectivité de la politique de compliance de l'entreprise, cette dernière doit prévoir que des sanctions peuvent être mises en œuvre en cas de non-respect. Dans la partie suivante, il sera fait une distinction entre des programmes de compliance volontaires et des programmes de compliance que l'on peut qualifier, par opposition, de forcés c'est-à-dire pris sous la forme d'engagement suite à une pratique anticoncurrentielle. Reprenant cette distinction, l'avocate spécialisée en droit de la concurrence Marie-Cécile Rameau<sup>358</sup> explique que l'usage de sanctions disciplinaires internes n'est généralement pas prévu au sein des programmes dits volontaires. En revanche, les programmes dits « forcés » doivent respecter les cinq grandes étapes posées, que ce soit dans l'Union européenne et dans les autres pays du monde, donc prévoir des sanctions internes. Rappelons que le document-cadre a été retiré mais que ces cinq étapes correspondent à des standards internationaux. En revanche, une nuance peut être apportée sur ces explications. En tout état de cause, les programmes de compliance volontaires doivent également respecter ces cinq étapes, à défaut de quoi les autorités ne peuvent pas le prendre en compte en cas d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

Les sanctions disciplinaires doivent être proportionnées à la gravité de la méconnaissance en cause et peuvent donc correspondre à un blâme comme à un licenciement. À titre d'illustration, l'entreprise peut envisager d'inscrire au sein des contrats de travail que la contribution à une entente anticoncurrentielle constitue une faute grave<sup>359</sup>. Une autre optique pour amener les salariés à la compliance est de prévoir que cela sera pris en compte lors de leurs évaluations pour d'éventuelles primes ou promotions internes par exemples Il s'agit de responsabiliser les salariés. Dès lors, Patricia Foucaud remarque que « *la Compliance est un état d'esprit qui promeut le sens de la responsabilité individuelle et collective au sein des entreprises et des organisations* »<sup>360</sup>. En parallèle, l'appréhension des sanctions ne doit pas avoir pour effet d'empêcher tout dynamisme concurrentiel pour l'entreprise.

Parler de sanction au sein de ces codes internes est source d'interrogation pour certains auteurs qui se sont demandés si, finalement, ces codes de *soft law* ne se transforment pas en quelque chose de plus effectif que la loi. Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'éviter des poursuites par les

---

358 RAMEAU (M-C.), « Propos introductifs », *op. cit.*

359 Cons. conc., décision n° 07- D- 21, 26 juin 2007, *op. cit.* ; Cons. conc., décision n° 08-D-13, 11 juin 2008, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux.

360 FOUCAUD (P.), « Comment fédérer les collaborateurs à la Compliance ? », *Experts de l'entreprise*, 2018, <http://www.expertsdelentreprise.com/Comment-federer-les-collaborateurs-a-la-Compliance>.

autorités de concurrence et de prévenir en amont tout litige, d'autres considèrent que l'interrogation n'a pas lieu d'être<sup>361</sup>. Ainsi, Jean-Claude Rouers, insiste sur le fait qu'« *il ne sert à rien d'avoir un programme d'éthique si les mesures adéquates pour sa mise en application ne sont pas prises et si un système de « sanction » n'est pas organisé* »<sup>362</sup>. De plus, il faut relever que les comportements que le programme prévoient généralement de sanctionner correspondent à des comportements sanctionnés par la loi. Là encore la logique est celle de la prévention et de rendre effective la loi par l'entreprise elle-même.

Toutefois, il est vrai que la situation peut s'avérer problématique lorsqu'il est prévu de sanctionner le non-respect de dispositions éthiques et non-juridiques comme, par exemple, la prohibition des relations personnelles entre collaborateurs et supérieurs hiérarchiques ou la prohibition des partenariats commerciaux inappropriés, nuisibles, etc<sup>363</sup>. Certes, l'employeur a la faculté de décréter ce qu'il est possible de ne pas faire dans l'intérêt de son entreprise, mais il doit s'assurer que les sanctions qu'il prévoit sont possibles d'un point de vue juridique. Pour ce faire, elles doivent être intégrées dans le règlement intérieur et, à ce titre, devront respecter le droit du travail. À ce sujet, les avocates Julie Catala Marty et Claire Fougea précisent que, préalablement, une consultation des organismes de représentation du personnel doit avoir lieu et les employés doivent être informés<sup>364</sup>.

Les poursuites disciplinaires sont davantage courantes aux États-Unis. Cela s'explique par une différence culturelle à ce sujet : en Europe, le droit du travail protège les salariés. Ainsi, en France, par exemple, les juridictions prud'homales considèrent qu'une sanction n'est pas justifiée pour toutes les violations des obligations prévues par la loi<sup>365</sup>, même celles relatives à la concurrence.

Établir un programme de compliance, ce n'est donc pas seulement « *édicter des principes, publier une plaquette et effectuer quelques présentations [... il] contient beaucoup plus que cela* »<sup>366</sup>. Il s'agit d'un coût, fréquemment critiqué mais qui présente des avantages. Certains de ces avantages sont d'ailleurs détournés de leur but premier. C'est le cas lorsqu'il est question pour l'entreprise de mettre un programme de compliance en place suite à la découverte d'une pratique anticoncurrentielle dans le but de négocier une circonstance atténuante.

---

361 WATIN-AUGOUARD (J.), « Une compliance acclimatée », *op. cit.*, p. 4.

362 ROUERS (J.-C.), « « Compliance » chez Clarion », *RIP*, 2008, n° 34, p. 154.

363 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 261.

364 CATALA MARTY (J.), FOUGEA (C.), *op. cit.*, p. 15.

365 Europe Economics, *op. cit.*, p. 73.

366 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 300.

## **Chapitre II - L'ambiguïté de la mise en place d'un programme de compliance**

Si le programme de compliance se révèle défaillant à prévenir la commission d'une pratique anticoncurrentielle (Section I), la question qui se pose est de savoir si les entreprises peuvent prétendre à une réduction d'amende (Section II).

### **Section I - Un outil majoritairement mis en place en réaction à une condamnation pour pratique anticoncurrentielle**

Le programme de compliance engendre une modification des comportements internes mais n'est pas, comme l'explique Philippe Poels, une assurance contre les futurs risques<sup>367</sup> (§1). Dès lors, la question qui intéresse les praticiens est de savoir quel est le « retour sur investissement » en cas de dérapage (§2).

#### **§ 1 -Les possibles insuffisances d'un programme de compliance**

La compliance n'étant pas dépourvue de tout risque (A), il existe un débat sur les suites à donner à un programme défaillant (B).

##### **A- L'absence de risque zéro**

Le but principal de la mise en œuvre d'un programme de compliance est la prévention des infractions anticoncurrentielles. Toutefois, il est évident que ces programmes de compliance ne font pas disparaître tout risque au sein de l'entreprise. Dominique Ledouble, commissaire aux comptes, relève, à ce titre, que l'opérateur économique n'a pas la possibilité de savoir d'avance si toutes les précautions qu'il prend sont réellement adaptées<sup>368</sup>. L'entreprise doit être consciente que les situations de « *risque juridique zéro* »<sup>369</sup> n'existent pas. Comme l'indique de nombreux auteurs, « *on ne peut que « tendre vers » [et] le facteur humain ne peut-être ignoré* »<sup>370</sup>.

Comme il a déjà été évoqué, il n'est pas certain qu'un programme de compliance décourage des entrepreneurs à prendre part à une activité anticoncurrentielle dans la mesure où ceux-ci sont

---

367 GUTIEREZ-CRESPIN (A.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 36 min 45.

368 LEDOUBLE (D.), « Les systèmes de contrôle, élément essentiel de l'anatomie des personnes morales », *op. cit.*

369 CATALA MARTY (J.), « Quels bénéfices attendre de la mise en oeuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence ? », *RICEA*, 2014, n° 14, p. 37.

370 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

conscients de la législation et de ses conséquences dans de nombreuses affaires d'ententes illégales. À titre d'illustration, s'agissant du cartel des lessives, des noms de codes ont été utilisés et les documents préjudiciables conservés par les managers à leurs domiciles privés<sup>371</sup>. C'est pour cette raison que de nombreux experts insistent sur le fait que les dirigeants doivent faire de la compliance une priorité et s'impliquer eux-mêmes afin que tous les salariés se sentent concernés. Cela permet de leur faire comprendre qu'il s'agit désormais d'une démarche importante pour la continuité des affaires de l'entreprise.

Un autre exemple éloquent pour notre sujet est celui de l'entreprise Intel. En mai 2009, la Commission européenne lui a imposé une amende qualifiée, par beaucoup, d'historique de 1,06 milliard d'euros pour abus de position dominante<sup>372</sup>. Cependant, près de dix ans auparavant, en 2001, Intel avait été présentée « *comme un exemple en matière de programmes de compliance dans le domaine anti trust* »<sup>373</sup> par un article publié dans la Harvard Business Review<sup>374</sup>. Or, pendant des années, les pratiques de prix et de domination du marché de cette entreprise, qui se déclarait pourtant *compliant*, étaient « *sur le fil du rasoir* »<sup>375</sup> pour reprendre l'expression de certains auteurs. Dès lors, certains, comme Björn FASTERLING, se sont demandés si le programme de compliance « *s'inscrivait dans une pure logique de management juridique où l'infraction est une option possible de la stratégie d'entreprise* »<sup>376</sup>.

Le tribunal de l'Union européenne reconnaît lui-même « *qu'il ne fait pas de doute que la simple adoption, par une entreprise, d'un programme de compliance aux règles de concurrence ne saurait constituer une garantie valable et certaine du respect futur et durable par celle-ci desdites règles* »<sup>377</sup>.

Dans le cas où l'entreprise met à jour un comportement anticoncurrentiel, celle-ci peut réagir avant tout en interne afin de limiter les effets négatifs. L'entreprise peut également décider de recourir à la clémence, qu'il s'agit d'une entente tout en augmentant « *les chances d'antériorité* »<sup>378</sup>.

---

371 ADLC, 8 décembre 2011, décision n° 11-D-17, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

372 Commission UE, Communiqué de presse, *Ententes: la Commission inflige une amende de 1,06 milliard d'Euros à Intel pour abus de position dominante et lui ordonne de mettre un terme à ses pratiques illégales*, 13 mai 2009, IP/09/ 745.

373 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

374 YOFFIE (D.), KWAK (M.), « Playing by the rules – How Intel avoids antitrust litigation », *Harvard Business Review*, 2001 : cité dans ROQUILLY (C.), « Intel, dix ans après : Le mythe de la compliance revisité ? », *Concurrences*, 2010, n° 2, p. 50.

375 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

376 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, *op. cit.*, p. 321.

377 TPICE, 5 avril 2006, aff. T-279/02, *Degussa AG c/ Commission CE*, Rec. 2006 II p. 897, ECLI:EU:T:2006:103.

378 DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « La mise en place d'un programme de compliance : le point de vue du praticien », *op. cit.*, p. 74.

Dans certains cas, un programme de compliance peut se mêler aux procédures alternatives afin d'aboutir à un allègement de sanction.

## **B- Les différentes conséquences d'un programme de compliance défaillant**

Tout comme la compliance peut être volontaire *ex ante*, elle peut être subie lorsque des comportements anticoncurrentiels sont détectés. C'est ici que les entreprises, tout comme les autorités, semblent donner un autre sens à ces démarches. Cependant, la conséquence, selon notamment Colline Jux et Chloé Saby, *risk manager* et *compliance officer* du groupe allemand d'édition Haufe, est de parfois être confronté à « *un simple « dispositif cosmétique » ne visant pas vraiment à prévenir les mauvais comportements, mais plutôt à faire office d'instrument de justice négociable* »<sup>379</sup>.

Si l'entreprise établit un programme de compliance mais que celui-ci révèle une infraction, lors de son adoption ou pendant sa mise en œuvre, la question qui intéresse les opérateurs économiques est de savoir si leur programme peut avoir une incidence sur la sanction pécuniaire encourue. Face à ces situations, les autorités ont trois possibilités : soit estimer qu'il faut réduire sa sanction en tenant compte du fait que l'entreprise avait agi en prévention comme elle pouvait par ce programme ; soit estimer qu'il s'agit là du non-respect d'un programme et qu'il s'agit d'une circonstance aggravante ; soit estimer qu'il ne faut pas prendre en compte le programme de compliance dans l'appréciation de la pratique anticoncurrentielle. Il n'existe pas de consensus international, ni même européen en la matière et tout dépend du pays en cause et de la période.

Jeremy West, dans un rapport rédigé au nom de l'OCDE mettait en opposition les différents points de vue en expliquant que, d'une part, les partisans d'une réduction de sanction estiment que « *si le programme instauré est sérieux, une ou deux pommes pourries ne sont pas représentatives de l'ensemble du panier et que le programme peut quand même être efficace et éviter la formation d'autres ententes* »<sup>380</sup>. D'autre part, les opposants à ce traitement favorable des programmes de compliance estiment que cela « *reviendrait à encourager les pratiques collusoires en en diminuant le coût* »<sup>381</sup>.

On peut relever d'autres arguments intéressants allant dans le sens de l'absence de réduction de sanction. Christine Parker s'interroge sur « *une quelconque utilité en matière de prévention des*

---

379 MOREAUX (A.), « Compliance : comment mettre en place un programme efficient ? », *Affiches parisiennes*, 2018, <https://www.affiches-parisiennes.com/compliance-comment-mettre-en-place-un-programme-efficient-8313.html>.

380 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 65.

381 *Ibid.*

*ententes [de ces programmes car] la plupart des contrevenants savent déjà que ce qu'ils font est illégal et se donnent même beaucoup de mal pour dissimuler leurs agissements. En outre, la plupart d'entre eux sont de hauts dirigeants* »<sup>382</sup>. Dès lors qu'ils en sont conscients, il n'est pas justifié de leur accorder une réduction de sanction sur le fondement d'un programme de compliance. De plus, on pressent bien qu'il pourrait s'agir d'une stratégie commerciale à part entière. À ce sujet, les avocats Michaël Cousin et Christophe Lemaire expliquent que tout l'enjeu est de faire en sorte que les programmes de compliance n'apparaissent pas « *comme une sorte de « joker » pour quelques entreprises décidées à n'en faire qu'une mesure de façade et à ne jamais dénoncer les infractions que ce programme amènerait à découvrir* »<sup>383</sup>. De plus, il faut mentionner que, quand bien même l'entreprise a un programme de compliance, la détection d'une infraction n'est pas forcément due à ce programme.

Il y a là un vrai sujet intéressant les entreprises. Ne pas accorder de traitement favorable si le programme se révèle défaillant n'est pas très incitatif pour les entreprises. Quand bien même elles auraient fait des efforts de compliance, elles auraient dans tous les cas tort du point de vue des autorités sur le respect du droit de la concurrence. Or, ce genre d'incident est relativement courant dans une société au vu du caractère complexe de ce droit, de ses enjeux commerciaux ou encore d'une organisation décentralisée de la société. Ainsi, Antoinette Gutierrez-Crespin explique que, lors de l'établissement du programme de compliance et du test de son efficacité, forcément et c'est le but, il est possible de détecter un problème<sup>384</sup>. Une démarche vertueuse pour les entreprises serait de permettre aux entreprises concernées « *une modalité de solutionnement* »<sup>385</sup> qui ne se réduise pas à la reconnaissance de culpabilité entraînant de nombreuses conséquences négatives, dès lors que cette détection provient volontairement d'une démarche de prévention des pratiques non conformes. Évidemment cela doit être encadré un minimum en posant des conditions, mais il est nécessaire de montrer aux entreprises qu'elles ont tout intérêt à adopter ces plans de compliance et que cela peut être pris en compte par les autorités en cas de comportements sanctionnables. L'objectif pour l'avocate Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié serait de permettre aux opérateurs d'avoir une circonstance atténuante en prouvant « *que l'infraction n'est pas délibérée et que, d'ailleurs, tout à été mis en œuvre pour l'éviter* »<sup>386</sup>. En effet, elle explique que ces programmes ne sont « *pas une assurance tout risques et l'autorité de concurrence doit le prendre en considération* »<sup>387</sup>. Pour la

---

382 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 66.

383 COUSIN (M.), LEMAIRE (C.), « Conformité et non-contestation des griefs : l'AdIC précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises », *op. cit.*

384 GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*

385 *Ibid.*

386 DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « La mise en place d'un programme de compliance : le point de vue du praticien », *op. cit.*, p. 73.

387 *Ibid.*

majorité des praticiens, en plus d'être encouragées, les entreprises doivent pouvoir avoir une contrepartie à cet investissement.

Par ailleurs, en se basant sur le principe économique selon lequel « *une sanction, doit, pour être efficace, être inversement proportionnelle à la probabilité de détection de l'infraction* »<sup>388</sup>, Michaël Cousin explique que l'amende doit être réduite pour une entreprise munie d'un programme de compliance efficace car l'infraction a plus de chance d'être découverte. Certains, comme le professeur de droit Bernard Bouloc, vont même jusqu'à se demander s'il ne serait pas légitime d'exonérer l'entreprise pour les pratiques anciennes mises à jour par un programme de compliance<sup>389</sup>. Il en est de même pour Ginsburg et Wright dès lors que le programme est efficace car, pour eux, si « *un collaborateur a néanmoins participé à une entente sur les prix, il est absurde d'infliger une amende à l'entreprise ou de sanctionner ses administrateurs ou ses dirigeants* »<sup>390</sup>. D'autres mettent en avant que ne pas le faire « *contredit la définition de la Compliance comme "pacte de confiance" entre l'entreprise et l'autorité publique* »<sup>391</sup>.

Toujours est-il qu'on pourrait objecter à ces divers arguments que, dans tous les cas, les entreprises se doivent de respecter leurs obligations découlant du droit de la concurrence.

En revanche, un raisonnement intéressant est celui de considérer que les autorités de concurrence y trouveraient également leur intérêt et cela compléterait leurs actions d'encouragement à la compliance. En effet, lorsqu'une entreprise établit un tel programme mais qu'elle ne le respecte pas, les autorités de régulation ont plus de facilités à prouver le caractère intentionnel du comportement anticoncurrentiel. Il peut également être utilisé pour connaître le moment où la pratique a commencé et quand elle a pris fin<sup>392</sup>. Dès lors, il peut être logique de récompenser un minimum cette « coopération » quelque peu forcée.

---

388 COUSIN (M.), « Chère transparence... Réflexions sur le communiqué de l'AdIC relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *Lamy droit des affaires*, 2011, n° 62.

389 BOULOC (B.), « Pour une prise en considération de la mise en conformité spontanée en droit de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2010, n° 23.

390 GINSBURG (D.), WRIGHT (J.), « Antitrust Sanctions », in *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, 2010, p. 18. ; cité dans OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 67.

391 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018 sur « l'Europe de la compliance, la qualité aggravante ou atténuante d'un programme de compliance en cas de manquement a été particulièrement discutée », *op. cit.*

392 Par ex. Commission CE, décision du 5 juin 1991 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, aff. n° IV/32.879, *Vihot/Toshiba*, JOCE n° L 287 du 17 octobre 1991, p. 39. ; TPICE, 26 avril 2007, aff. jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, *Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2007 II p. 947, ECLI:EU:T:2007:115, pt. 96 et s.

Par contre, dans ce débat où Marie-Anne Frison-Roche relève « *que l'on pourrait dire que "chacun a raison"* »<sup>393</sup>, tous les praticiens et chercheurs considèrent que si le programme est purement formel et superficiel, l'entreprise doit être sanctionnée sans atténuation possible. C'est ici que l'on perçoit l'enjeu crucial de « *la notion d'efficacité et de performance du dispositif de compliance [...] pour les régulateurs* » souligne des praticiens<sup>394</sup>.

Derrière ce débat, se trouve des autorités de concurrence n'ayant pas toutes la même appréhension de ces conséquences.

## **§ 2 - L'espoir controversé d'une réduction d'amende : des autorités de concurrence aux positions globalement similaires**

Il ne s'agit pas de faire une liste complète des positions des différentes autorités de concurrence du monde mais de montrer qu'elles n'ont pas toutes la même vision des programmes défaillants. Pourtant, des points communs se dégagent. Les programmes de compliance ayant leur origine aux États-Unis et au Canada, il paraît judicieux d'étudier en premier lieu le régime que les autorités lui réserve en cas d'infraction (A). Il convient ensuite d'évoquer la position des instances de l'Union européenne (B) qui ont inévitablement influencé l'évolution qu'il y en France devant l'ADLC (C). Cela permettra d'étudier si, finalement, dans d'autres pays de l'Union européenne, les positions convergent ou non (D).

### **A- La logique outre-Atlantique**

La logique anglo-saxonne repose sur la coopération dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Le régime accordé à la compliance en cas d'infraction semble, *a priori*, attractif que ce soit aux États-Unis (1) ou au Canada (2).

#### **1) Aux États-Unis**

Aux États-Unis, au titre du *Sherman Act*, l'entreprise est responsable pénalement des pratiques anticoncurrentielles commises par ses employés. Ainsi, une des raisons pour lesquelles les programmes de compliance se sont développés est que, s'ils sont pré-existants et efficaces, ils peuvent être pris en compte pour établir qui, de l'entreprise ou des employés en tant que personnes

---

393 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018 sur « l'Europe de la compliance, la qualité aggravante ou atténuante d'un programme de compliance en cas de manquement a été particulièrement discutée », *op. cit.*

394 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 110.

physiques coupables de l'infraction, sera poursuivie pour l'infraction<sup>395</sup>. Toutefois, en pratique, cette éventualité est également rarement admise, en particulier en droit de la concurrence.

De plus, lorsqu'une entreprise s'est véritablement efforcée de prévenir les risques concurrentiels par l'élaboration d'un programme de compliance, les *US Sentencing guidelines* prévoient des dispositifs d'atténuation de peine en cas de manquement. Pour ce faire, l'entreprise se doit de respecter les caractéristiques minimales prévues pour ces programmes, sa démarche de compliance doit être effective, l'entreprise doit se dénoncer elle-même et avant que l'infraction ne soit découverte par les autorités<sup>396</sup>. Il est également prévu que les autorités fédérales américaines puissent prendre la décision de ne pas poursuivre lorsqu'un opérateur qui collabore prend l'engagement d'établir un programme de compliance qui apparaît bien étudié au regard de la situation<sup>397</sup>. De même, il ressort des *Federal Organizational Sentencing Guidelines* que la sanction prononcée par le juge américain est susceptible de prendre en compte la présence d'un programme de compliance<sup>398</sup>.

Dès lors, la présence d'un tel programme au moment de la commission d'une infraction n'est pas fatalement synonyme d'inefficacité. Au contraire, c'est la récidive qui le prouve et c'est en cela que le système américain repose sur la coopération et la confiance entre autorités et entreprises. L'étude réalisée par Europe Economics en 2008 a relevé que les programmes de compliance sont « systématiquement inclus dans la négociation »<sup>399</sup> aux États-Unis, mais aussi au Canada et en Australie<sup>400</sup>.

Toutefois, en réalité, le *Department of Justice* ne préconise que très rarement une réduction de sanction sur le fondement d'un programme de compliance. Joseph Murphy dans une étude réalisée pour l'OCDE en 2011 a relevé, à propos des États-Unis, qu'« en pratique, cela fait 20 ans que les *Organizational Sentencing Guidelines* sont en vigueur et aucune entreprise n'a obtenu une diminution de l'amende infligée du fait qu'elle disposait d'un programme de conformité aux règles de concurrence »<sup>401</sup>.

La comparaison est intéressante avec d'autres sections du *Department of Justice* (DoJ) : au titre du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)<sup>402</sup>, la section criminelle accorde des réductions

---

395 Europe Economics, *op. cit.*, 144.

396 SNYDER (B.), *op. cit.*, p. 8.

397 RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 242.

398 US Sentencing Commission, *Organizational Sentencing Guidelines*, § 8B2.1 « Effective Compliance and Ethics Program », 2015.

399 Europe Economics, *op. cit.*, p. 123.

400 DONNEDIEU DE VABRES TRANIE (L.), « La mise en place d'un programme de compliance : le point de vue du praticien », *op. cit.*, p. 73.

401 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de la concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 304.

402 Foreign Corrupt Practices Act, 1977.

d'amende aux programmes de compliance anticorruption<sup>403</sup>. La comparaison est encore plus intéressante, même si elle sort du cadre précis de notre sujet, en ce que en France la loi dite Sapin II récemment adoptée, bien que s'inspirant du FCPA, ne reprend pas cette possibilité de réduction d'amende, ni de transaction au titre d'un plan anticorruption. Il faut tout de même relever que c'est sûrement cette loi qui est à l'origine du changement de position de l'ADLC au sujet des programmes de compliance. Rappelons qu'elle les considère désormais comme faisant partie de la gestion courante des entreprises. Etant donné qu'il y a une obligation d'adopter de tels programmes au titre de la lutte anticorruption, on sait que ces programmes doivent couvrir tous les risques de l'entreprise donc s'étendre à la concurrence. À noter que pour la lutte anticorruption, même si cette obligation concerne les entreprises d'une certaine taille, les professionnels en la matière conseille vivement à toutes les entreprises de se mettre en conformité. On peut donc y voir la volonté de donner les mêmes conséquences à la compliance lorsqu'il y a une infraction quelle que soit la matière concernée. La conséquence est que la position est uniforme pour ces deux domaines, en tout cas en France. Toutefois, il aurait sans doute été plus facile pour les entreprises que la position française soit alignée avec celle qui prévaut en Amérique pour la corruption, surtout pour les multinationales. De même, la possibilité de transiger prévu aux États-Unis pour les problématiques de concurrence n'est pas reprise en France, ni pour la concurrence, ni pour la corruption. Cela a pour conséquence de rendre la compliance globale au sein de l'entreprise quel que peu difficile.

## ***2- Au canada***

Au Canada, le bureau de la concurrence (Canadian Competition Bureau) tient compte des programmes de compliance pour le calcul des sanctions pécuniaires<sup>404</sup>. Cependant, ce bénéfice disparaît dès lors qu'ils ne sont pas efficaces et/ou que les dirigeants sont impliqués. De plus, le commissaire à la concurrence canadien se base sur ces programmes pour savoir si une action sera intentée au civil ou au pénal. En outre, il peut, sur la base de la compliance, ne pas ouvrir d'enquête et ainsi peser sur la décision des juges<sup>405</sup>. Enfin, il peut enjoindre l'adoption d'un tel programme mais ne les valide pas.

---

403 The Criminal Division of the U.S. Department of Justice, the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012.

404 Bureau de la concurrence, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, *op. cit.*

405 ROQUILLY (C.), « Intel, dix ans après : Le mythe de la compliance revisité ? », *op. cit.*, p. 52.

## B- La position des instances de l'Union européenne

À l'origine, l'Union européenne accordait un avantage aux opérateurs établissant des programmes de compliance à la suite de la découverte d'une infraction anticoncurrentielle<sup>406</sup>. Christophe Lemaire mentionne une « *apparente bienveillance* »<sup>407</sup> de la part de la Commission européenne de 1980 à 1996. Ainsi, en 1982, elle a pris en considération un programme de compliance comme circonstance atténuante au titre de la spontanéité de sa mise en œuvre<sup>408</sup>. En revanche, il convient de relever que cette atténuation était accordée lorsque les opérateurs économiques avaient une démarche de coopération. D'ailleurs, c'est à propos d'une entreprise ne coopérant pas que les instances européennes ont énoncé la formule dans la décision Hercules Chemicals en 1991 et qui sera constamment reprise par la suite, selon laquelle les programmes de compliance « *ne change[nt] rien à la réalité de l'infraction* »<sup>409</sup>.

Cependant, désormais, ces programmes ne jouent plus de rôle auprès des instances de l'Union européenne s'agissant de leurs défaillances ou de leurs mises en place au moment de l'infraction. À ce titre, Christophe Lemaire relève « *une indifférence affirmée* »<sup>410</sup> depuis 1996. Il est intéressant de noter que cette année correspond à l'adoption des lignes directrices relatives aux procédures de clémence. Cela s'explique par le fait que la Commission européenne faisait bénéficier l'entreprise d'une réduction d'amende moins pour l'adoption de démarche de compliance qu'au titre de sa coopération. Or, depuis, la coopération est dédommagée au titre des programmes de clémence, et non de compliance. Ce n'est que de manière subsidiaire que la compliance est prise en considération si elle amène l'entreprise à faire une demande de clémence, donc à la coopération. À ce titre, Joaquin Almunia a affirmé que l'existence de ces programmes ne justifie pas « *de moduler le montant des sanctions pécuniaires, que ce soit à la baisse ou à la hausse* »<sup>411</sup>. Il rappelle qu'« *il est suffisant de récompenser les entreprises qui contribuent à la découverte des cartels* »<sup>412</sup>. L'important pour la Commission européenne est le caractère dissuasif des sanctions dont les

---

406 Commission UE, décision du 5 juin 1991, *op. cit.*

407 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 69.

408 Commission CE, décision du 7 décembre 1982 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, aff. IV/30.070, *National Panasonic*, 382D0853, 82/853/CEE, JOCE n° L 354 du 16 décembre 1982, p. 28-35, pt. 40.

409 TPICE, 17 décembre 1991, aff. T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes*, Rec. II p. 1711, ECLI:EU:T:1991:75, pt. 357.

410 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 70.

411 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 361. ; voir aussi ALMUNIA (J.), *Compliance and competition policy*, *op. cit.*

412 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, *op. cit.*, p. 302.

montants sont de plus en plus importants ces dernières années comme évoqué dans la première partie.

La Commission européenne n'adopte donc plus de position en faveur de ces programmes lorsqu'une infraction au droit de la concurrence est commise. Les praticiens relèvent qu'elle a « *exclu de monnayer l'adoption de programme de conformité* »<sup>413</sup>. À tout le moins, Joseph Murphy met en évidence que « *les services répressifs de l'UE cherchent des informations provenant de programmes de conformité, informations qu'ils utilisent contre les entreprises afin d'établir que les infractions étaient délibérées et n'ont pas eu lieu par négligence* »<sup>414</sup>. En tout état de cause, elle ne les considère pas comme étant un facteur à prendre en compte dans l'individualisation de la peine, et ce malgré les demandes de nombreux requérants. La Commission européenne rappelle à plusieurs reprises qu'elle « *accueille favorablement les mesures prises par les entreprises en vue d'éviter des infractions ultérieures liées aux ententes, de telles mesures ne peuvent changer la réalité des infractions et la nécessité de les sanctionner [et le] simple fait que, dans certaines de ses décisions précédentes, la Commission ait pris en considération de telles mesures en tant que circonstances atténuantes ne signifie pas qu'elle est tenue de faire de même dans chaque affaire* »<sup>415</sup>. Dans ses lignes directrices, elle affirme clairement que « *la simple existence d'un programme de conformité ne sera pas considérée comme une circonstance atténuante [... ni] comme une circonstance aggravante* »<sup>416</sup>.

Lors d'une conférence en 2018, le président de la Cour de justice de l'Union européenne Koen Lenaerts a expliqué que la Commission européenne serait même désormais d'avantage encline à considérer ce programme comme une circonstance aggravante<sup>417</sup>. D'ailleurs, l'existence d'un programme de compliance non respecté a déjà été considéré comme une circonstance aggravante,

---

413 TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), *De l'intérêt pour une entreprise d'adopter un programme de conformité (partie 2)*, <http://www.templeboyer-legal.fr/publication-25797-de-l-interet-pour-une-entreprise-d-adopter-un-programme-de-conformite-partie-ii-avril-2012.html>, p. 2.

414 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 305.

415 Commission CE, décision C (2007) 512 final du 21 février 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. COMP/E-1/38.823, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, JOCE 2008 n° C 75 du 26 mars 2008, p. 19, cons. 754. ; TPICE, 29 avril 2004, aff. jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 et T-242/01, *Tokai Carbon Co. Ltd and Others v Commission*, Rec. 2004 II p. 1181, ECLI:EU:T:2004:118, § 343. ; TPICE, 17 décembre 1991, aff. T-7/89, *Hercules Chemicals v Commission*, Rec. 1991 II p. 1711, ECLI:EU:T:1991:75, § 357. ; TPICE, 14 mai 1998, aff. T-352/94, *Mo och Domsjö v Commission*, Rec. II p. 1989, ECLI:EU:T:1998:103, § 417 et 419. ; TPICE, 14 mai 1998, aff. T-319/94, *Fiskeby Board c/ Commission*, Rec. II, p. 1331, ECLI:EU:T:1998:95, pt. 82 ; Trib. UE, 17 décembre 2014, aff. T-72/09, *Pilkington Group*, ECLI:EU:T:2014:1094.

416 Commission UE, *Compliance matters, What companies can do better to respect EU competition rules*, *op. cit.*, p. 19-20.

417 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

en 1998, par la Commission européenne dans la décision *British Sugar*<sup>418</sup>. Cette entreprise s'est vue imposer une augmentation de 75% du montant de son amende au titre de l'initiation d'une entente anticoncurrentielle seulement quatre mois après avoir adopté un programme de conformité comme engagement suite à un abus de position dominante. Nous ne sommes pas à l'abri qu'une telle situation se représente avec une aggravation de sanction de la même ampleur.

Le Tribunal de premières instances de l'Union européenne va également dans ce sens avec une jurisprudence constante qui affirme, notamment dans l'arrêt *Schinler* en 2011, que « *l'adoption d'un programme de mise en conformité par l'entreprise concernée n'oblige pas la Commission à octroyer une réduction de l'amende en raison de cette circonstance* »<sup>419</sup> car il « *ne change rien à la réalité de l'infraction constatée* »<sup>420</sup>. Encore récemment dans l'arrêt *Silec* en juillet 2018, le Tribunal a rappelé que la conformité n'a pas d'effet sur le montant de la sanction en droit de l'Union européenne<sup>421</sup>. La Cour de justice ne fait qu'approuver ces positions<sup>422</sup>.

La réticence de la Commission européenne vient notamment de la critique du « *rôle des avocats qui apprendraient à leurs clients comment passer entre les mailles du filet réglementaire* »<sup>423</sup>. Elle veut s'assurer que les entreprises s'engagent réellement dans une culture de la conformité et non qu'elles en fassent une stratégie s'agissant des sanctions pécuniaires, comme il peut ressortir de l'analyse de ce qu'il se passe dans d'autres pays. Le terme de conformité est ici employé de manière volontaire. La Commission européenne semble vouloir assurer le respect des règles par les entreprises, mais pas une démarche de conformité. Il suffit de prendre le nom français de la brochure de la Commission européenne : « *Le respect des règles, ça compte* » dans laquelle elle explique surtout les règles à respecter et en dit peu sur les process internes. Elle paraît y être assez indifférente, à l'inverse d'autres autorités de concurrence, quand bien même elle est ouverte aux logiques de *soft law* et d'autorégulation. Plutôt qu'une logique d'échange, elle est davantage en faveur de la promotion des règles de concurrence par les pouvoirs publics pour les entreprises. Toutefois, les avocats Dan Roskis et Sarah Jaffar affirment qu'« *alors que les groupes d'entreprises adoptent une démarche commune à l'ensemble de leurs filiales européennes, voire mondiales [...] il*

---

418 Commission CE, décision 1999/210/CE du 14 octobre 1998, aff. IV/F-3/33.709, *British Sugar plc*, JOCE n° L 76/1 du 22 mars 1999, p. 1, pt. 208.

419 Trib. UE, 13 juillet 2011, aff. T-138/07, *Schindler Holding Ltd et autres contre Commission européenne*, Rec. 2011 II p. 4819, ECLI:EU:T:2011:362, pt. 282. ; TPICE, 12 décembre 2007, aff. jointes T-101/05, T-111/05, *BASF et UCB/Commission*, Rec. 2007 II p. 4949, ECLI:EU:T:2007:380, pt. 52.

420 TPICE, 13 juillet 2011, aff. T-138/07, *ibid.* ; TPICE, 8 octobre 2008, aff. T-73/04, *Le Carbone-Lorraine contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2008 II p. 2661, ECLI:EU:T:2008:416, pt. 143.

421 Trib. UE, 12 juill. 2018, aff. T-438/14, *Silec*, ECLI:EU:T:2018:447, pt. 72.

422 CJCE, 28 juin 2005, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-206/02 P, C-207/02 P, C-208/02 P et C-213/02 P, *Dansk Rørindustri et a. c/ Commission*, Rec. 2005 I p. 5425, ECLI:EU:C:2005:408, pt. 373, concl. Tizzano.

423 MOREAUX (A.), « *Compliance : comment mettre en place un programme efficient ?* », *op. cit.*

*est permis de regretter que la Commission ne joue pas un rôle moteur dans ce domaine »<sup>424</sup>.*

Néanmoins, il convient de relever que, dans sa décision Google du 18 juillet 2018, la Commission européenne a prescrit une obligation de compliance à cet opérateur économique en lui imposant de s'organiser afin que ni la concurrence, ni l'innovation ne soient écrasées<sup>425</sup>. La Commission a enjoint à Google d'arrêter, sous 90 jours, et de ne plus adopter ces pratiques ayant des effets restrictifs de concurrence et elle affirme : « *The Commission will monitor Google's compliance closely and Google is under an obligation to keep the Commission informed of how it will comply with its obligations* »<sup>426</sup>. Pour la Commission c'est de la seule responsabilité de Google. Marie-Anne Frison-Roche a analysé cette décision en concluant que « *l'avenir du Droit est dans l'Ex Ante, dans l'internalisation des règles dans les entreprises, et dans le Droit de la Compliance* »<sup>427</sup>.

De nombreuses contributions continuent de plaider en faveur de l'établissement d'une telle circonstance atténuante, comme ce fut le cas pendant un temps devant l'ADLC. Il serait question de récompenser les efforts de l'entreprise d'avoir mis en place des dispositifs de compliance du fait de la minimisation des pratiques anticoncurrentielles que cela est susceptible d'entraîner.

### **C- La position française**

En France, la position du Conseil de la concurrence puis de l'ADLC a évolué. Le Conseil de la concurrence a commencé à s'intéresser au programme de compliance en accordant une réduction de sanction dans certains cas par le biais de la procédure de non-contestation des griefs (1). Cette procédure a mené à l'adoption du document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence en 2012, mais a été remplacée par celle de la transaction (2) qui a elle-même entraîné le retrait du document-cadre quelque temps après, avec par conséquent le retrait de ses avantages pour les entreprises (3).

---

424 ROSKIS (D.), JAFFAR (S.), *op. cit.*, pt. 24.

425 Commission UE, Communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche*, 18 juillet 2018, IP/18/4581.

426 FRISON-ROCHE (M-A.), « L'essentiel de la décision Google : l'imposition par la Commission Européenne d'une obligation de "Compliance" », 2018 <https://www.linkedin.com/pulse/l'essentiel-de-la-décision-google-l'imposition-par-dun-frison-roche/?published=t> : « La Commission surveillera de près la conformité de Google et Google est tenue de tenir la Commission informée de la manière dont elle se conformera à ses obligations ».

427 FRISON-ROCHE (M-A.), « L'essentiel de la décision Google : l'imposition par la Commission Européenne d'une obligation de "Compliance" », *op. cit.*

## 1) La non-contestation des griefs

En ce qui concerne la France, une première différence avec les États-Unis est à noter s'agissant des poursuites : un salarié qui adopte un comportement contraire à la politique de concurrence de l'entreprise n'a pas pour effet de déresponsabiliser l'entreprise<sup>428</sup>, encore moins au titre d'un programme de compliance non respecté. La responsabilité pénale des dirigeants et/ou mandataires sociaux est engagée dès lors qu'ils se sont impliqués personnellement dans une pratique anticoncurrentielle alors qu'ils se sont engagés auparavant au titre d'un tel programme<sup>429</sup>.

S'agissant d'une éventuelle réduction d'amende, la position de l'ADLC a changé au fil du temps. Tôt le Conseil de la concurrence a tenu compte des efforts des entreprises pour respecter la législation sur la concurrence. Ainsi, dans une décision de 1992, s'agissant de pratiques illégales lors d'un appel d'offres, les entreprises ont renoncé à contester les griefs et le Conseil de la concurrence a relevé qu'« *il doit être tenu compte des efforts faits par [la société] dans le sens du respect des règles de la concurrence ; que la direction générale de cette société a en effet diffusé en janvier 1990 une note de service invitant tous les responsables de l'entreprise à les observer* »<sup>430</sup>.

Dans un premier temps, l'atténuation de sanction a été possible au titre de la non-contestation des griefs. Cette procédure permettait à une entreprise de présenter des engagements en application de l'article L. 464-2, III du Code de commerce qui prévoit que « *lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction* »<sup>431</sup>. Cette procédure a été introduite par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques qui a posé, pour reprendre une explication de Morgan Carbonnel « *les bases nécessaires au développement d'une « culture de la conformité* » »<sup>432</sup>. C'est en 2007 que le Conseil de la concurrence a eu à connaître d'engagements relevant de la compliance dans trois affaires d'ententes anticoncurrentielles<sup>433</sup>. Les entreprises ont renoncé à

428 Europe Economics, *op. cit.*, p. 144.

429 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 26.

430 Cons. conc., décision n° 92-D-63 du 24 novembre 1992 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé en 1990 par la commune de Venarey-les-Laumes en Côte-d'Or, p. 4.

431 Code de commerce, art. L. 264-2, III, version en vigueur jusqu'au 8 août 2015 et modifiée par l'article 2018 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

432 CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (première partie – l'essor des programmes de mise en conformité au droit français de la concurrence) », *op. cit.*

433 Cons. conc., décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime ; Cons. conc., décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007, *op. cit.* ; Cons. conc., décision n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel.

contester les griefs et ont pris comme engagement la mise en place d'un programme de compliance comprenant un mécanisme d'alerte professionnelle et une série de formations à destination des employés. Vu comme une innovation à l'époque<sup>434</sup>, le Conseil de la concurrence leur a accordé une atténuation de 25 à 35% sur le montant de leur amende<sup>435</sup>. Tout en affirmant que ces réductions ne peuvent être considérées comme une position de principe ayant la valeur d'un précédent, il est intéressant de relever que les entreprises poursuivies se sont mises à en adopter dans diverses affaires<sup>436</sup>. Christophe Lemaire explique que ces réductions ont été accordées principalement en contrepartie de la coopération des entreprises, davantage que pour les engagements novateurs pour l'époque<sup>437</sup>.

Par la suite, l'ADLC a adopté son document-cadre relatif au programme de compliance en 2012 qui indique que « *L'Autorité considère qu'il n'est en aucun cas justifié de tenir compte de l'existence d'un programme de conformité dans le cadre de la détermination de l'amende* »<sup>438</sup>. Pour elle, il n'est donc question ni d'une circonstance aggravante, ni d'une circonstance atténuante. Elle considère, comme la Commission européenne, que ce programme ne modifie aucunement la réalité de l'infraction et le dommage occasionné à l'économie<sup>439</sup>. Toutefois, pour reprendre une explication de l'avocat Laurent François-Martin, la position de l'ADLC était différente en fonction du moment de l'adoption d'un tel programme, à savoir avant ou après la notification des griefs<sup>440</sup>. Avant le retrait de ce document-cadre, trois situations différentes étaient envisagées.

En premier lieu, l'ADLC considérait, et considère encore, qu'en cas de détection d'une infraction anticoncurrentielle, le programme de compliance doit amener l'entreprise à faire une demande de clémence. C'est en effet dans ce cadre que l'entreprise peut obtenir l'exonération totale ou partielle de la sanction pécuniaire normalement encourue.

En deuxième lieu, pour que le programme de compliance soit pris en compte dans l'individualisation de la peine, trois exigences cumulatives devaient être remplies. Tout d'abord, avant l'ouverture d'une enquête ou d'une procédure, le programme devait déjà être adopté. Ensuite, l'infraction constatée ne devait pas entrer dans le champ de celle qui ouvrent droit à une demande de clémence, c'est-à-dire les ententes verticales. Il ne devait donc pas s'agir d'un cartel, mais d'une entente uniquement horizontale ou un abus de position dominante, ce qui est assez limitatif. Enfin,

---

434 ROSKIS (D.), BECKHARD (J.), DOREMUS (C-M.), *op. cit.*, p. 3.

435 Cons. conc., décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007, *op. cit.*

436 Cons. conc., décision n° 07-D-40 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics de collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges.

437 LEMAIRE (C.), « Analyse juridique », in « Séminaire DGTPÉ-Concurrence LA TRANSACTION Séance du jeudi 20 décembre 2007 », *Lamy de la concurrence*, 2008, n° 15.

438 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 24.

439 *Ibid.*

440 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.

l'entreprise devait d'elle-même faire cesser l'infraction une fois découverte. Dans ce cas, si l'ADLC était amenée à connaître de cette infraction, elle pourrait accorder une circonstance atténuante à l'entreprise qui lui prouve qu'elle a mis fin à l'infraction et modifié son comportement de façon effective par le biais d'un programme de compliance notamment<sup>441</sup>. Par conséquent, Laurent François-Martin mentionne que « *le programme de conformité est avant tout un outil au service des politiques de l'Autorité* »<sup>442</sup>.

En troisième lieu, l'ADLC pouvait accorder une réduction de sanction au titre de la procédure de non-contestation des griefs. Cependant, comme le fait remarquer l'avocate Béatrice Espesson-Vergeat, il faut noter qu'il ne s'agit pas « *en tant que tel [d']une circonstance atténuante dans le cas où une infraction au droit de la concurrence serait néanmoins constatée* »<sup>443</sup>. Le Conseil de la concurrence l'avait indiqué rapidement à son époque, c'est « *le gain de temps procédural qui profite à l'autorité (avec l'économie du rapport)* »<sup>444</sup> qui est récompensé.

Il était donc possible, pour une entreprise, de s'engager à établir un programme de compliance répondant aux critères que l'Autorité avait fixé dans son document-cadre ou de s'engager à l'améliorer dans le cas où son programme ne respectait pas les critères. Cet engagement devait être pris après avoir renoncé volontairement à contester les griefs qui lui avaient été notifiés. Dès lors, l'entreprise ne contestait « *ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni la qualification juridique [...] ni leur imputabilité* »<sup>445</sup>. C'est un point qui a été vivement critiqué car cela revient à reconnaître une faute, même si la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris rappelle que « *la non-contestation des griefs (...) ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de culpabilité* »<sup>446</sup>. À leur tour, les entreprises rappelaient, dans leurs lettres d'engagements, que ces derniers « *ne constituent pas une reconnaissance du bien-fondé des préoccupations de concurrence ni la violation d'une règle de concurrence* »<sup>447</sup>. Christophe Lemaire et Michaël Cousin soulignent tout de même que c'était « *tout sauf une négociation entre égaux* »<sup>448</sup>.

Patrice Lombart insistait que le fait qu'« *un tel cadre, complexe et ambigu, offrait aux autorités de*

---

441 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 28. ; PRUNET (F.), « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *op. cit.*

442 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

443 ESPESSON-VERGEAT (B.), « Le caractère dissuasif des sanctions de l'Autorité de la concurrence », in « Réflexions croisées », *Lamy de la concurrence*, 2015, n° 43.

444 LEMAIRE (C.), « Analyse juridique », *op. cit.*

445 ARHEL (P.), « Non-contestation des griefs et programmes de conformité », *JCP E*, 2012, n° 9, actu. 131, p. 10.

446 CA Paris, 29 janvier 2008, n° RG:2006/07820, *Le Goff Confort e.a., contre Cons. conc.*

447 ADLC, décision n° 15-D-14 du 10 septembre 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Bolton Solitaire SAS, Danone SA, Johnson & Johnson Santé et Beauté France SAS et Pernod-Ricard SA dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outremer.

448 COUSIN (M.), LEMAIRE (C.), « Conformité et non-contestation des griefs : l'AdC précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises », *op. cit.*

concurrence la plus grande marge d'appréciation sur les objectifs qu'elles entendaient assigner aux programmes de conformité »<sup>449</sup>.

Ajoutons que la présentation des engagements lors d'une renonciation à contester les griefs était simplement facultative, et non plus obligatoire, depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence<sup>450</sup>. Il pouvait s'agir d'établir des codes de bonnes conduites, prévoir des formations obligatoires pour les employés, la signature d'engagements de conformité par des dirigeants, etc. Au préalable, le rapporteur de l'Autorité s'assurait du caractère substantiel, crédible et vérifiable du programme ainsi que leur éventuelle valeur ajoutée au regard du précédent<sup>451</sup>. En d'autres termes, il fallait convaincre l'Autorité que le programme adopté allait être en mesure de prévenir l'apparition de nouveaux comportements anticoncurrentiels. Si l'ADLC les acceptait, ceux-ci devenaient contraignants pour l'entreprise et cette dernière pouvait obtenir une réduction plafonnée à 10% du montant de l'amende. Cela n'était donc pas automatique afin de ne pas réduire, comme l'avait conseillé le cabinet Europe Economics dans son étude, la valeur dissuasive des sanctions. De la sorte, Patrice Lombart relève que l'Autorité était « *maitre des engagements poussant les entreprises à des efforts d'imagination* »<sup>452</sup>. Cet outil a permis à l'ADLC de mener une véritable politique de concurrence par le biais de la régulation des comportements sur les marchés concurrentiels des produits et/ou services<sup>453</sup>. Antoine Tercinet compare cette procédure à celle américaine du *plea guilty*<sup>454</sup>.

Divers engagements de comportements de longs termes encadrant la pratique commerciale quotidienne de l'entreprise, c'est-à-dire des engagements de compliance, ont pu être proposés par les entreprises : modification du règlement intérieur et du fonctionnement des réunions<sup>455</sup> ; modification des contrats de travail ; nommer un responsable conformité<sup>456</sup> ; établissement d'un système

---

449 LOMBART (P.), « Les programmes de conformité : l'heure du doute », *RJEP*, 2008, n° 656, repère 8, pt. 2.

450 Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n° 0265 du 14 novembre 2008 p. 17391, NOR: ECEC0823324R, art. 2.

451 ADLC, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express, pt.1352 et 1365. ; ADLC, décision n° 14-D-05 du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte, pt. 283. ; ADLC, décision n° 12-D-27 du 20 décembre 2012, *op. cit.*, pt. 1652 et 1656.

452 LOMBART (P.), *op. cit.*, pt. 3.

453 TERCINET (A.), « Le laboratoire du droit processuel de la concurrence », *in* « COLLOQUE - Droit de la concurrence et droit de la publicité – Accords et désaccords La Rochelle, 27 mai 2011 », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 31.

454 TERCINET (A.), « Le laboratoire du droit processuel de la concurrence », *op. cit.*

455 ADLC, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, *op. cit.* ; Cons. conc., décision n° 08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar ; Cons. conc., décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, réformé par CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334.

456 ADLC, décision n° 12-D-27 du 20 décembre 2012, *op. cit.*

d'alerte<sup>457</sup> ; mise en place des formations au droit de la concurrence pour les employés tous les X années ; déclaration de respect du droit de la concurrence sur leur portail Intranet<sup>458</sup> ; établissement d'un politique de tarif transparente, non-discriminatoire vis-à-vis des client et objective<sup>459</sup> ; modification des conditions générales de ventes<sup>460</sup> ; suppression des exclusivités<sup>461</sup> ; etc. Il ressort d'ailleurs de la lecture des décisions de l'ADLC que l'élément le plus important dans les programmes, ce sont les formations du personnel. À ce titre, le Conseil de la concurrence affirme, dès 2007, que « *les mécanismes incitatifs (rémunération et bonus individuels et collectifs) nécessaires à l'efficacité interne de l'entreprise peuvent entrer en conflit avec le respect du droit de la concurrence. Dans ce contexte, seule une formation et une sensibilisation sérieuses aux exigences des règles de concurrence impliquant une responsabilisation personnelle peuvent donner un maximum de chances que les comportements anticoncurrentiels soient bannis au sein d'un tel groupe* »<sup>462</sup>. Il faut noter que les entreprises ne se contentaient pas de prendre un seul de ces engagements, mais plusieurs dans le but d'établir un programme de compliance de qualité et convaincre l'ADLC.

Il est intéressant de relever que, dans leurs lettres d'engagements, les opérateurs y mettaient souvent une formule comme celle-ci : « *Désormais pleinement conscient de l'importance des exigences du droit de la concurrence et des risques auxquels l'expose un manquement à ces règles, [...] est résolument décidé à se conformer strictement aux règles de concurrence et à s'abstenir à l'avenir de tout comportement potentiellement anticoncurrentiel, et ce indépendamment de tout engagement pris en application de l'article L. 464-2, III du code de commerce* »<sup>463</sup>. Mais dans le même temps, on peut trouver une certaine dérive à la non-contestation des griefs et à la réduction de sanction. Dans plusieurs affaires, notamment en 2012, l'entreprise a conditionné ses engagements de conformité à une réduction de l'amende « *compte tenu du coût et des contraintes opérationnelles qu'impliquent la mise en œuvre* »<sup>464</sup>. Pour les mêmes raisons, TNT Expresse France et TNT Expresse NV en 2015 conditionnaient la mise en œuvre effective de ses engagements de compliance à « *une réduction de la sanction supérieure à celle accordée au titre de la non-*

457 ADLC, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

458 ADLC, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, *op. cit.*

459 ADLC, décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, Cass. com., 29 mai 2013, n° 12- 18195.

460 Cons. conc., décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07- 16485.

461 ADLC, décision n° 13-D-06 du 28 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale, Cass. com. 8 févr. 2017, n° 15- 15.005.

462 Cons. conc., décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007, *op. cit.*, pt. 98.

463 ADLC, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, annexes.

464 ADLC, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, *op. cit.*, p. 186.

*contestation des griefs* »<sup>465</sup>. La société Dascher avait également mis la réduction d'amende en avant pour la même affaire d'entente<sup>466</sup>. Dès lors, on peut supposer que l'ADLC n'a pas réellement d'autres choix que de les accepter si son but est de promouvoir une culture de la conformité aux règles de concurrence au sein des entreprises. Pour reprendre une explication de Jean-Christophe Roda, « *le caractère purement volontaire apparaît très discutabile* »<sup>467</sup>. Malgré le retrait du document-cadre de 2012, il est possible que certaines entreprises procèdent à une forme de chantage comme celui-ci pour l'adoption d'un programme de compliance ou son amélioration.

Christophe Lemaire résumait bien la position de l'ADLC : l'entreprise « *qui a en place une politique de concurrence depuis des années mais qui est confrontée à un échec ne sera ni récompensée ni ne verra sa peine aggravée ; en revanche, le nouveau venu qui "découvre" le droit de la concurrence et qui soudainement s'engage à mettre en place un programme, pourrait se voir récompensé de cette découverte. Je trouve cela quelque peu surprenant en termes d'équilibre entre les acteurs et globalement peu incitatif* »<sup>468</sup>. Par conséquent, on ne peut que partager le constat de Jean-Christophe Roda qui a écrit sur cette thématique : « *là encore, on est loin d'un réflexe de compliance spontané, né d'une prise de conscience éthique* »<sup>469</sup>. On pourrait alors très bien imaginer un programme de compliance qui laisse volontairement une part de risque détectée mais non prévenue, par exemple un échange d'information, afin de négocier par la suite et d'en tirer des avantages commerciaux plus importants.

La réduction d'amende maximale sur ce fondement de 10% était prononcée en complément de celle de 10% accordée pour la non-contestation des griefs et de celle de 5% pour la prise d'engagements. Le total de ces réductions était donc plafonné à 25% afin de ne pas concurrencer la procédure de clémence dans le cadre de laquelle il est possible d'obtenir une réduction de 50% de l'amende. En effet, l'objectif de l'ADLC, tout comme de la Commission européenne est que la procédure de clémence reste plus incitative<sup>470</sup>. Elle l'affirmait clairement dans son document-cadre de 2012 : « *La réduction de sanction pécuniaire pouvant leur être accordée au titre de la non-contestation des griefs sera, de ce fait, nécessairement inférieure à l'exonération totale ou partielle attachée à la clémence, afin de ne pas porter atteinte à l'attractivité de cette dernière.* »<sup>471</sup>. C'est

---

465 ADLC, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, *op. cit.*, annexe 4 Proposition d'engagements de TNT Express France et TNT Express NV en vertu de l'article L. 464-2 III du Code du commerce, aff. 09/0120F et 10/0062F.

466 ADLC, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, *op. cit.*, annexe 1.

467 RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 242.

468 Questions-réponses, *op. cit.*

469 RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *loc. cit.*

470 LOMBART (P.), *op. cit.*

471 ADLC, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, p. 3.

d'ailleurs toujours la position privilégiée aujourd'hui. Selon Bruno Lasserre, le seul cas où la non-contestation des griefs et la clémence pouvaient se cumuler était « *lorsque le champ des griefs notifiés diffère de celui de l'entente telle que décrite dans la demande de clémence* »<sup>472</sup>. La mise en place du programme de compliance devait avoir lieu dans un délai restreint, ce qui entraîne certaines contraintes pour les entreprises s'engageant.

Au vu des décisions précédant le document-cadre accordant jusqu'à 35% de réduction d'amende, certaines entreprises ont pu considérer cette réduction comme faible. D'autant plus que la pratique décisionnelle de l'Autorité a montré qu'elle avait tendance à accorder des réductions inférieures à 10%. De nombreux avocats à l'époque considéraient cette réduction comme peu encourageante notamment au regard de « *l'effort créatif et l'implication* »<sup>473</sup> que certaines entreprises pouvaient faire preuve. Ce qui démontre que ce qui était surtout encouragé est le fait de ne pas contester les griefs donc de coopérer en réduisant le coût et la durée de la procédure. La professeure de droit Valérie Pironon en avait conclu que les programmes de compliance constituaient « *un instrument d'apaisement dans toutes les procédures négociées* »<sup>474</sup>. A contrario, on perçoit que le programme rentre dans une démarche des entreprises d'obtenir encore davantage de réduction de sanction. Or, la clémence de second rang (50% de réduction) ne peut être accordée qu'à la deuxième entreprise dénonçant un cartel.

Pour s'assurer que les entreprises ne mettaient pas en place de simple programme de façade, leur mise en œuvre faisait l'objet d'un contrôle de la part de l'ADLC après avoir rendu les engagements obligatoires. Elle avait prévu au point 32 de son document-cadre que « *à sa demande, l'entreprise ou l'organisme concerné doit donc se tenir prêt à mettre à sa disposition un rapport complet et précis lui permettant de s'assurer du respect de cet engagement, ainsi qu'à répondre à toute demande ou question à cet égard* »<sup>475</sup>. Cependant, l'ADLC ne s'est pas dotée d'un contrôleur spécifiquement chargé de la surveillance des engagements de compliance pris par les entreprises. D'ailleurs, un tel système de contrôle n'existe pas dans l'Union européenne. On peut, par contre, citer l'Autorité australienne de concurrence (Australian Competition and Consumer Commission) qui a mis en place un *Compliance Monitoring Unit* c'est-à-dire une équipe chargée de surveiller le respect des engagements de compliance<sup>476</sup>. La pratique du Monitoring – contrôleur externe – est

---

472 LASSERRE B, « Octobre 2011 – Octobre 2012 : le bilan d'une année de régulation concurrentielle », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 34.

473 TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), *op. cit.*, p. 5.

474 PIRONON (V.), « L'Autorité de la concurrence accepte les engagements de PagesJaunes SA », *Comm. com. électr.*, 2013, n° 1, comm. 5.

475 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 32.

476 DUMARÇAY (M.), « Accords et Désaccords des procédures d'engagements en droit français, européen et australien de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2010, n° 24.

également utilisée aux États-Unis. À titre d'illustration, Apple s'est vu imposer deux injonctions par le tribunal de district de New-York suite à l'entente anticoncurrentielle avec des éditeurs pour des e-Books : il devait adopter un programme de compliance et consentir au contrôle externe d'un moniteur<sup>477</sup>.

En revanche, les programmes de compliance ne constituent pas une circonstance aggravante si une infraction est commise, ce qui est susceptible de changer avec le durcissement de la position de l'ADLC comme pour la Commission européenne.

À la suite de Laurent François-Martin, on peut relever une incohérence dans ce système : dès lors que le programme de compliance de l'entreprise répond aux critères fixés, elle ne peut obtenir « aucune récompense particulière »<sup>478</sup>. L'ADLC affirme que le programme n'a « pas empêché l'infraction d'advenir »<sup>479</sup>. Dès lors, on pouvait légitimement se demander s'il n'était pas plus avantageux pour les opérateurs économiques de n'adopter un tel programme qu'une fois qu'une enquête de concurrence était ouverte à leur encontre et négocier une réduction d'amende. À l'inverse, Valérie Ledoux et Jean-Christophe Roda mettent en avant que « la meilleure des stratégies à adopter est donc celle qui consiste à faire en sorte que l'entreprise ne soit jamais en situation de violer la loi »<sup>480</sup>.

Cette procédure de non-contestation des griefs a été remplacée par la procédure de transaction par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 dite « Macron »<sup>481</sup>.

## **2) La transaction française**

Par le biais de la procédure de transaction, il est toujours question pour l'entreprise de ne pas contester les griefs notifiés. Toutefois, elle ne se verra plus proposer une réduction en pourcentage de la sanction pécuniaire par le rapporteur général de l'ADLC. Celui-ci lui propose désormais de procéder à une transaction comprenant un montant minimal et maximal sur la sanction pécuniaire<sup>482</sup>.

477 RODA (J-C), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 247.

478 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

479 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 25.

480 LEDOUX (V.), RODA (J-C.), « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, ét. 14, p. 6.

481 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, NOR: EINX1426821L.

482 BACCICHETTI (E.), REY (C.), « L'importance des programmes de conformité en droit de la concurrence », *Option Finance*, 2016, <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-gestion-des-groupes->

De plus, l'entreprise peut présenter des engagements de compliance qui visent à lui faire changer de comportement afin d'obtenir une réduction d'amende additionnelle<sup>483</sup>.

Il ne faut pas confondre avec la transaction au niveau de l'Union européenne pour laquelle l'entreprise négocie les griefs ainsi que la sanction, mais les engagements ne sont pas possibles<sup>484</sup>.

L'avantage que présente cette transaction tient principalement à la prévisibilité du montant de la sanction pécuniaire encourue car qu'auparavant le pourcentage de réduction s'appliquait sur une amende dont l'entreprise ignorait le montant à l'avance. Toutefois, désormais, devant l'ADLC, il faut relever que renoncer à contester les griefs est moins attrayant pour les entreprises. D'ailleurs, depuis le passage à cette procédure de transaction, on ne trouve plus autant de décision mentionnant des programmes de conformité comme engagements. D'autant plus depuis que l'ADLC a modifié sa position contenue dans le document-cadre de 2012.

### **3) Le retrait du document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence de 2012**

Depuis un communiqué en date du 19 octobre 2018, l'ADLC a retiré son document-cadre de 2012 et, par voie de conséquence, le bénéficie d'une réduction d'amende aux engagements de compliance présentés lors d'une procédure de transaction. Ce communiqué fait suite à l'affaire des revêtements de sols résilients du 18 octobre 2017<sup>485</sup>, dans laquelle l'Autorité a affirmé ne plus tenir compte, dans la procédure de transaction, de la prise d'engagements consistant à établir des programmes de compliance. Elle considère désormais qu'il s'agit d'un outil de gestion normale de la vie des entreprises, de leur performance économique. Déjà en 2012, certains avocats, comme Sarah Temple-Boyer et Laura Marolleau, s'interrogeaient sur le fait de savoir « *si, bientôt, les entreprises n'avaient pas d'autre choix que de mettre en place un programme de conformité* »<sup>486</sup>.

Il est intéressant de relever que l'Autorité précise ne plus les considérer « de manière générale ». Cela lui laisse une certaine marge de manœuvre pour l'évolution de sa pratique décisionnelle. Certains peuvent considérer que ce « revirement » ne concerne que les « grandes

---

[internationaux-avec-pwc-societe-davocats/la-conformite-vers-un-nouveau-cap/limportance-des-programmes-de-conformite-en-droit-de-la-concurrence.html](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=429&id_article=1790).

483 ADLC, rubrique transaction (procédure négociée) [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id\\_rub=429&id\\_article=1790](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=429&id_article=1790).

484 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

485 ADLC, décision n° 17- D- 20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

486 TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), *op. cit.*, p. 7.

*entreprises ayant mis en œuvre des pratiques d'entente à fort caractère* »<sup>487</sup> sur lesquelles l'Autorité a insisté. Toujours est-il que l'ADLC a, d'une part, adopté une position de neutralité similaire à celle de la Commission européenne. D'autre part, elle s'est davantage rapprochée des exigences de la loi dite Sapin II relative à la prévention contre la corruption (qui a supprimé les mécanismes d'atténuation de peines existants auparavant en la matière) et de l'Agence française anticorruption (AFA) nouvellement créée. Des praticiens expliquent que « *plutôt qu'un revirement, l'Autorité de la Concurrence semble vouloir donner une nouvelle impulsion au volet préventif de son action* »<sup>488</sup>. Étant un instrument de gestion, il est d'ailleurs possible de se demander si le programme de compliance va devenir une circonstance aggravante lorsque l'entreprise ne le respecte pas. Par ce changement d'approche, l'ADLC signale aux entreprises que la compliance superficielle n'est pas suffisante. Emmanuelle Claudel explique également ce retrait par le fait que les entreprises ont l'obligation de respecter la loi et cette obligation ne doit pas être entretenue *via* les deniers publics. Elle relève également que l'incitation financière n'est plus nécessaire du fait de « *l'acclimatation de ces programmes de conformité dans le droit français* »<sup>489</sup>.

Le communiqué de 2018 conserve la possibilité pour les entreprises de proposer des engagements dans le cadre de la transaction. Un changement est à prendre en compte : le cumul des procédures de transaction et de clémence est désormais possible<sup>490</sup>. La principale explication réside dans le fait que les programmes de compliance n'entraînent plus de réduction de sanction et il n'y a donc plus lieu de conserver l'attractivité de la clémence par rapport à ces programmes. De plus, Emmanuelle Claudel explique que ces derniers vont se raréfier car l'accent va être mis sur les engagements structurels qui sont moins coûteux que les engagements comportementaux et demandent moins de contrôle de la part de l'autorité<sup>491</sup>. Par ailleurs, dans ce communiqué l'Autorité va plus loin en retirant également son procédé de calcul des amendes dans les procédures de transaction, ce qui, selon l'avocat Emmanuel Dienny, « *ne fera qu'accentuer l'inconfort de cette procédure pour les entreprises* »<sup>492</sup>.

Si la position de l'ADLC semble s'être rapprochée de celle de la Commission européenne, il

---

487 ADLC, Editorial du rapport annuel de 2017, p. V, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito\\_ra17.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito_ra17.pdf).

488 DUMOURIER (A.), « Intégrer les risques liés au droit de la concurrence dans les programmes de conformité et s'assurer de leur effectivité : entre nécessité et opportunité ! », *op. cit.*

489 CLAUDEL (E.), « La transaction à la française : une procédure attractive ? Publication d'un communiqué de procédure », *RTD Com.*, 2019, n° 1, p. 57.

490 ADLC, Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, pt. 8.

491 CLAUDEL (E.), « La transaction à la française : une procédure attractive ? Publication d'un communiqué de procédure », *op. cit.*

492 DIENNY (E.), « Condamnation d'une entente horizontale particulièrement développée et modification du régime de la transaction par l'Autorité de la concurrence », *LEDICO*, 2017, n° 11, p. 4.

reste des différences entre les autres ANC au sein de l'Union européenne.

#### **D- Les positions dans d'autres pays de l'Union européenne**

En Allemagne, le Bundeskartellamt (office fédérale de lutte contre les cartels) ne prend pas en compte les programmes de compliance lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est révélée car cela montre son inefficacité au sein de l'entreprise. En revanche, ils sont pris en compte pour éventuellement exonérer les dirigeants qui ne seraient pas impliqués de manière directe. Christophe Lemaire explique qu'en effet la transgression du devoir de surveillance est une infraction spécifique en droit allemand<sup>493</sup>.

En Italie, l'Autorité de la concurrence et du marché (AGCM) retient les programmes de compliance comme circonstance atténuante même si une enquête est déjà ouverte, dès lors que leurs mises en œuvre se fait avant la réception de la communication des griefs<sup>494</sup>. De plus, les lignes directrices de cette autorité italienne prévoient que, si une infraction est commise alors que l'entreprise avait adopté des mesures de compliance qui se sont révélées défailtantes mais qui respectaient les critères établis, l'entreprise peut prétendre à une réduction allant jusqu'à 15% de l'amende encourue<sup>495</sup>.

Au Royaume-Uni, la Competition and Markets Authority, anciennement l'OFT, ne consent pas toujours une réduction de sanction. Elle le fait en fonction des circonstances de l'espèce et peut aller jusqu'à une réduction de 10% du montant de l'amende encourue<sup>496</sup>. Sur ces questions de non-conformité au droit de la concurrence, le tribunal adopte la même attitude<sup>497</sup>. John Bridgeman, ancien Directeur général de l'OFT à l'époque, avait affirmé, dès 1998, que les engagements de conformité seraient pris en compte dans sa politique de sanction des pratiques anticoncurrentielles alors même que cela n'était pas évoqué dans les textes de l'époque (*Competition Act*, 1998)<sup>498</sup>. Par la suite, les programmes de compliance ont été inscrits en tant que circonstance atténuante dans les lignes directrices, dès lors que le programme est effectif. Le point essentiel, sur lequel nous reviendrons dans la seconde partie, et commun à la majorité des autorités de concurrence est ce

---

493 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 69.

494 AGCM, décision du 7 novembre 2017, *Big Four*, 1796 ; AGCM, décision du 21 décembre 2016, *Linde Medicale, Medicaire Italia, Sapio Life, Vivisol e. a.*, publiée le 19 janvier 2017.

495 PIETRINI (S.), « Italie : L'Autorité de la concurrence sanctionne trois cartels dans le secteur des services d'oxygénothérapie et d'assistance respiratoire (Linde Medicale, Medicaire Italia, Sapio Life, Vivisol e.a.), 19 janvier 2017 » *Concurrences*, 2017, n° 2, p. 204.

496 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 360.

497 Competition Appeal Tribunal, 11 mars 2011, *Kier Group Plc e.a.*

498 LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *op. cit.*, p. 68.

caractère effectif, réel comme critère d'évaluation. Un programme de compliance doit avant tout persuader l'autorité que le comportement de l'entreprise préserve la concurrence libre et loyale.

La Competition and Markets Authority accorde aussi des réductions lorsque les programmes sont établis après la réalisation d'une infraction, tout en insistant sur le fait que l'entreprise ne doit pas trop tarder dans cette mise en œuvre sinon elle perd le bénéfice de la réduction de sa sanction pécuniaire<sup>499</sup>. De plus, le programme de compliance peut avoir un impact sur la responsabilité de l'entreprise lorsqu'il est prouvé que c'est un ou des salariés qui n'ont pas respecté ce programme pourtant effectif<sup>500</sup>.

Les autorités nationales de concurrence au sein de l'Union européenne n'ont donc pas une position commune sur les suites à donner aux programmes de compliance en cas d'infraction aux règles de concurrence. C'est ce qui fait dire à Jean-Yves Trochon que « *en réalité, la mise en place de programme de conformité est fonction des juridictions dans lesquelles opère le groupe* »<sup>501</sup>. Finalement, cela a pour conséquence d'atténuer l'attrait des entreprises, tout comme pour les autorités de concurrence qui ne les utilisent pas comme un outil privilégié dans le cadre de leurs missions.

## **Section II- Les délicates implications du débat sur l'atténuation de sanction**

Il ressort de ce qui précède qu'il ne faut pas accorder aux entreprises la possibilité d'une réduction lorsqu'il y a un programme de façade. Toutefois, il est de l'intérêt, notamment des multinationales, que les conséquences soient les mêmes pour les différentes autorités nationales de concurrence. D'autant plus que Marie-Anne Frison-Roche fait remarquer que ces dernières peuvent ne pas se coordonner<sup>502</sup>. C'est une problématique qui se pose également pour la compliance dans d'autres domaines du droit. Lors d'une table ronde de l'OCDE, en 2011 déjà, il a été reconnu qu'« *il est crucial que les pouvoirs publics s'engagent de façon crédible et reconnaissent les programmes de conformité* »<sup>503</sup>. C'est ce qui fait dire à Jean-Yves Trochon que « *dans un univers organisé il appartiendrait à un législateur supranational d'orienter la mondialisation dans un sens qui permette d'uniformiser les règles du jeu applicables universellement, au lieu de ce phénomène en*

---

499 *Ibid.*

500 TROCHON (J-Y.), « La conformité : un outil pour prévenir le risque et renforcer l'entreprise », *JCP E*, 2013, n° 31-34.

501 TROCHON (J-Y.), « La conformité : un outil pour prévenir le risque et renforcer l'entreprise », *op. cit.*

502 FRISON-ROCHE (M-A.), « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *working paper*, 2018, <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-concurrence-et-droit-de-la-complianc-2/> note de bas de page 17.

503 OCDE, *Promoting compliance with competition law, op. cit.*, p. 364.

«peau de léopard» avec des règles différentes selon les pays »<sup>504</sup>.

Marie-Anne Frison-Roche évoque, au sujet des positions de neutralité vis-à-vis de ces programmes, l'existence d'un dilemme. Pour elle, il « *n'est sans doute pas tenable à l'avenir* » que les démarches de compliance ne puissent valoir ni comme circonstance aggravante ni comme fait justificatif, « *d'autant plus que le Droit a vocation à passer d'une définition restreinte de la Compliance à une définition plus riche, c'est-à-dire à construire un véritable Droit substantiel de la Compliance, plus exigeant encore pour les entreprises. Les rapports entre Droit de la Concurrence et Droit de la Compliance en deviendront aussi plus complexes.* »<sup>505</sup>. En 2008, l'étude réalisée par Europe Economics avait mis en avant que, dans ces conditions de non prise en compte, l'adoption de programme de façade est un risque à prendre pour les autorités.

En réalité, ce questionnement a déplacé le réel objectif des programmes de compliance vers cette question d'atténuation de la sanction. En principe, leur but n'est pas de permettre la négociation, mais de maximiser les comportements concurrentiels, à savoir permettre de faire cesser des pratiques illégales lorsqu'elles apparaissent, avant qu'elles ne soient éligibles à la sanction de la part d'une autorité de concurrence. Ils doivent également permettre les comportements éthiques, ce qui n'est pas le cas s'ils sont ainsi détournés de leur but pour négocier avec les autorités de concurrence. Cela ne permet pas non plus d'instaurer un véritable esprit de libre concurrence au sein des entreprises.

En encourageant les entreprises à établir des programmes de compliance, les autorités de concurrence semblent en réalité les inciter à découvrir des infractions anticoncurrentielles afin d'entamer la course à la clémence (§1). Il en résulte que ces programmes de compliance en droit de la concurrence paraissent comme passés de mode pour les entreprises (§2) alors que ces derniers peuvent avoir de nombreux avantages pour les entreprises comme pour les autorités de concurrence (§3).

## **§ 1 - Les programmes de clémence privilégiés : l'instrumentalisation des programmes de compliance ?**

Dans l'esprit des autorités de concurrence, une fois qu'une pratique anticoncurrentielle est décelée grâce aux processus de compliance, les opérateurs n'ont d'autre choix que de les avertir par

---

504 TROCHON (J-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *op. cit.*, p. 669.

505 FRISON-ROCHE (M-A.), « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *Concurrences*, p. 3.

le biais de la procédure de clémence. Cette procédure permet à une entreprise de dénoncer une entente à laquelle elle a participé ainsi que les membres qui en font partie, en contrepartie d'une exonération totale ou partielle de la sanction pécuniaire normalement due. Sous certaines conditions, elle permet de « *faire table rase du passé* »<sup>506</sup>. En réalité, force est de constater que la clémence est privilégiée à travers ces encouragements à établir un programme de compliance<sup>507</sup>. La clémence serait l'unique démarche transformant un engagement de compliance en une circonstance atténuante de responsabilité.

À titre d'illustration, l'ADLC affirme que « *le fait qu'un organisme ou une entreprise vienne révéler l'existence d'une telle pratique à l'Autorité, et lui permette d'en établir la réalité ainsi que d'en identifier les auteurs, présente un intérêt supérieur au fait de renoncer, en aval, à contester des griefs notifiés par l'Autorité.* »<sup>508</sup>. Il est intéressant de relever qu'avant la consultation publique relative à son document-cadre de 2012 sur les programmes de compliance, l'ADLC avait établi un lien obligatoire entre la compliance et la clémence pour l'obtention d'une réduction de sanction pécuniaire<sup>509</sup>. Elle mettait en avant que cette solution était « *la seule qui soit cohérente avec [l']engagement éthique [de l'entreprise] en faveur de la conformité* »<sup>510</sup>. Cependant, dès lors que ce lien était obligatoire, les praticiens ont mis en avant qu'il « *attribuait un but nouveau aux programmes de conformité : alors que la mise en conformité relève normalement de la prévention, l'Autorité lui conférerait un but répressif* »<sup>511</sup>. C'est pourquoi, dans le document-cadre, il est question, non plus de la seule démarche mais de celle qui est la plus cohérente. Tout laisse penser qu'aujourd'hui, malgré le retrait du document-cadre de 2012, l'ADLC conserve cette position, tout comme la Commission européenne. Ce n'est pas non plus obligatoire aux États-Unis bien qu'en 2002, le *Deputy Assistant Attorney General* de la division *Antitrust* avait affirmé que « *seule une société disposant d'un programme sur la concurrence effectif peut espérer se positionner en premier rang* »<sup>512</sup>.

L'entreprise devrait donc avoir pour tactique de s'assurer, grâce à l'adoption d'un programme, d'être la première à dénoncer une entente et ainsi obtenir une immunité d'amende. Cela a été le cas lors du cartel des lessives en 2008 pour lequel la demande de clémence a été émise après qu'une pratique douteuse au regard du droit de la concurrence ait été découverte durant un audit interne. Dans

---

506 ADLC, Brochure « 25 ans », *op. cit.*, p. 45.

507 PRUNET (F.), « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *op. cit.*

508 ADLC, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, p. 3.

509 ROSKIS (D.), JAFFAR (S.), *op. cit.*, § 16.

510 Pt. 24 du projet initial, cité dans TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), *op. cit.*, p. 4.

511 ROSKIS (D.), JAFFAR (S.), *op. cit.*, § 18.

512 KOLASKY (W.J.), « Antitrust Compliance Programs : The Government Perspective », Discours de William.J. Kolasky, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, US Department of Justice, 2002 : « Only a company with an effective antitrust program can hope to be in a position to be the first company at the door ».

d'autres affaires, la découverte a fait suite à une alerte professionnelle<sup>513</sup>. L'avantage, selon l'avocate Julie Catala-Marty, est que, sans ces démarches, la pratique aurait pu ne pas être détectée, ce qui aurait impliqué davantage de risques juridiques si l'ADLC l'avait révélé elle-même plus tard. Plus le programme permet d'identifier des pratiques sanctionnables tôt, plus l'entreprise est en mesure de négocier avec l'autorité de concurrence. En revanche, elle ne sera pas récompensée parce qu'elle a adopté un programme de compliance mais parce qu'elle aura dénoncé et coopéré avec l'autorité de concurrence par le biais de la clémence. C'est d'ailleurs ce qui fait dire à Valérie Ledoux et Jean-Christophe Roda dès 2007 que « *La célérité est [...] un facteur essentiel et un « compliance program » efficace peut permettre à l'entreprise de se classer en rang utile dans la course à la clémence* »<sup>514</sup>. Ils expliquent que le programme doit également prévoir comment réagir sans précipitation lors de la découverte d'une sanction. Par exemple, ils déconseillent de ne pas détruire les preuves, ni licencier les responsables directement car ceux-ci pourraient témoigner et participer à la demande de clémence.

En encourageant les entreprises à adopter une démarche de compliance, les autorités de régulation les font, en grande partie, participer aux enquêtes. Ainsi, elles peuvent s'attacher plus longuement à la sanction pécuniaire tout en augmentant la proportion de leurs condamnations<sup>515</sup>. C'est cette logique qui prévaut à toutes les procédures négociées : un gain de temps, d'argent ainsi qu'un traitement de l'affaire plus prévisible que ce soit pour l'autorité, comme pour l'entreprise. Cette dernière voit, en outre, sa réputation davantage préservée et son amende moins sévère. Toutefois, cela implique une certaine renonciation aux droits de la défense. C'est ici que se trouve un des problèmes sous-jacents de la compliance. Une fois que l'entreprise a découvert une pratique non-conforme, l'enjeu est de ne pas tomber dans l'auto-incrimination. Or, le recours à la procédure de clémence est vivement conseillé par la majorité des autorités de concurrence, ce qui peut poser problème du point de vue de l'auto-incrimination. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas que cette procédure fasse parti du pénal<sup>516</sup>. Les droits fondamentaux de l'entreprise sont donc réduits. Suite à une demande de clémence, l'entreprise a une obligation de coopération incriminante. Elle doit prendre part au travail de qualification juridique des faits de l'autorité de concurrence. C'est la raison pour laquelle le Tribunal de l'Union européenne

---

513 CATALA MARTY (J.), « Quels bénéfices attendre de la mise en oeuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence ? », *loc. cit.*

514 LEDOUX (V.), RODA (J-C.), « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 7.

515 DAOUD (E.), ALBERTIN (S.), « L'Autorité de la concurrence : les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense », *Lamy Droit des Affaires*, 2014, n° 93.

516 CEDH, 20 juin 2002, aff. 54767/00, *Borghi c/ Italie*. ; CEDH, 3 juin 2004, aff. 69042/01, *Neste et al. c/Fédération de Russie*.

a jugé que « dès lors que la requérante a soumis la demande de clémence de sa propre volonté et sans y être obligée, elle ne saurait utilement faire valoir son droit de ne pas être contrainte par la Commission d'avouer sa participation à une infraction »<sup>517</sup>. La contrepartie réside dans la réduction ou l'exonération de la sanction pécuniaire normalement encourue. La Cour de justice de l'Union européenne considère que le devoir de coopération justifie cette réduction puisqu'elle ne bénéficie qu'aux entreprises qui apportent des informations spontanément, sans y avoir été invitées<sup>518</sup>.

Même dans les pays où les programmes de compliance ont une place dans l'atténuation des sanctions, comme aux États-Unis théoriquement et au Canada, il apparaît que les autorités attendent de la part de l'entreprise une coopération semblable à celle attendue dans le cadre de la clémence, à savoir informer et coopérer ensuite<sup>519</sup>. Cependant, à l'inverse de la clémence seule une atténuation de sanction sera accordée et non une exonération car la procédure de clémence est également privilégiée dans ces pays. De la sorte, le cabinet Europe Economics relevait que « les « avantages » en termes de poursuite et de sanction que les entreprises peuvent retirer des programmes de conformité restent donc toujours moins attractifs que ceux pouvant être retirés des procédures de clémence »<sup>520</sup>. Brent Snyder affirmait que l'objectif de la compliance est la détection rapide des infractions pour bénéficier de la clémence, et non l'obtention d'une réduction d'amende en cas d'infraction<sup>521</sup>. De même, pour Bill Baer, *Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice*<sup>522</sup>, la possibilité de bénéficier de la clémence suffit à encourager les entreprises et à ne pas accorder des réductions de sanction au titre des programmes de compliance.

Le programme de compliance est donc vu comme le complément du programme de clémence qui est lui même la méthode privilégiée de régulation de la concurrence. Pour reprendre une expression utilisée par des chercheurs en la matière, « la compliance fait désormais partie de la « boîte à outil » du régulateur »<sup>523</sup>. Les autorités de concurrence utilisent ces outils négociés, dont la conséquence est ici la mise en œuvre d'un programme de compliance, pour mieux découvrir la commission d'infraction. Dès lors, elles façonnent davantage l'efficacité de leurs politiques répressives de concurrence, que ces programmes ne permettent aux opérateurs d'anticiper voire

---

517 Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-352/09, *Novacke chemické zavody a.s. c/ Commission*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:T:2012:673, pt. 112.

518 CJUE, 24 juin 2015, aff. jointes C-293/13 P et C-294/13 P, *Fresh del Monte Produce Inc. Et Internationale Fruchtimport Gesellschaft Wiechert GmbH & Co. KG*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:C:2015:416, conclu Kokott.

519 Europe Economics, *op. cit.*, p. 122.

520 *Ibid.*

521 SNYDER (B.), *op. cit.*, p. 11 : « The purpose of having an effective compliance program is the prospect of early detection and leniency. ».

522 BEAR (B.), « Prosecuting Antitrust Crimes », Remarks as Prepared for the Georgetown University Law Center Global Antitrust Enforcement Symposium, 2014: <https://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2014/10/b-baer-prosecuting-antitrust-crimes.pdf>.

523 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 100.

d'annihiler le risque concurrentiel.

Cette situation a pour conséquence de nourrir « *le cynisme et un sentiment d'inutilité quant à l'intérêt des programmes* »<sup>524</sup> chez les opérateurs économiques comme l'a soulevé Joseph Murphy lors d'une table ronde de l'OCDE, « *tout au moins dans les États où la clémence semble être la seule stratégie réelle* »<sup>525</sup>. En effet, les entreprises ne peuvent nullement savoir à l'avance quelle est leur place dans la course à la clémence. Joseph Murphy explique que le hasard peut être un facteur important dans la mise à jour d'un cartel. Quand bien même l'entreprise a un programme de compliance, la détection d'une infraction n'est forcément due à ce programme. Pire encore, les formations de ces programmes de compliance peuvent apprendre aux employés comment prendre toutes les « *précautions afin de brouiller les pistes* »<sup>526</sup>. Tout dépend finalement des circonstances et une entreprise n'étant pas engagée dans la compliance peut très bien tirer plus de bénéfices du programme de clémence qu'une entreprise ayant investi du temps et de l'argent dans la compliance au droit de la concurrence. Marie-Anne Frison-Roche va même jusqu'à affirmer que « *les entreprises sont les grandes perdantes de la compliance* »<sup>527</sup>.

Par ailleurs, la clémence et la compliance ont des finalités différentes qui peuvent s'avérer contradictoires : alors que la clémence entraîne une collaboration entière de la part de l'entreprise, un programme de compliance implique que les responsables de l'infraction soient sanctionnés. Or, Christophe Lemaire fait remarquer qu'« *il n'est pas toujours évident de coopérer pleinement quand les participants à l'infraction ont quitté l'entreprise* »<sup>528</sup> ou qu'ils savent qu'ils risquent fortement des sanctions disciplinaires.

De nombreuses associations, telles que le MEDEF ou l'AFJE, ont soulevé le fait que les programmes de compliance ne doivent pas être utilisés par les autorités de régulation pour inciter les entreprises à la clémence car celle-ci « *ne saurait être l'unique issue des programmes de conformité* »<sup>529</sup>. Par exemple, lorsqu'une entreprise a pris soin de développer effectivement et sérieusement un programme de compliance, mais qu'une infraction se produit, le programme peut servir à démontrer qu'il ne s'agit pas d'une pratique concertée mais d'un problème distinct et individuel. C'est un élément de défense qui peut être utile lors d'un procès pénal afin d'établir, ou

---

524 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de la concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 293.

525 *Ibid.*

526 *Ibid.*

527 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 31.

528 LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

529 DONNEDIEU DE VABRES (L.), « Pas de compliance sans confiance », in FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, *op. cit.*, p. 112.

non, l'élément intentionnel de l'infraction par la personne morale dans le cadre des enquêtes administratives donnant lieu à des amendes.

La procédure de clémence doit rester une faculté relevant de la stratégie des entreprises et non une obligation, particulièrement lorsqu'il s'agit de décider des suites à donner à un comportement anticoncurrentiel découvert lors de la mise en place d'un plan de compliance. L'avocate Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié fait remarquer à ce titre qu'« *une faute individuelle ne devrait ainsi pas provoquer une double peine pour une entreprise qui a [...] déployé ses meilleurs efforts pour éviter le comportement anticoncurrentiel* »<sup>530</sup>.

En tout état de cause, le droit de la concurrence de l'Union européenne, traditionnellement uniquement unilatéral, prescriptif et fondé sur la sanction, s'est enrichi d'une « *dose de négociation* »<sup>531</sup> sur l'ampleur de l'amende. Béatrice Parance expose ainsi que, « *alors que le droit traditionnel repose sur l'effet du commandement, de la punition, de la contrainte, les engagements volontaires des entreprises repos[ent] sur un mécanisme d'adhésion et d'appropriation des objectifs recherchés* »<sup>532</sup>. Emmanuelle Claudel relève qu'en droit de la concurrence, depuis un certain nombre d'années, on assiste à « *un double mouvement faussement contradictoire [entre...] des sanctions d'une sévérité croissante [et...] des procédés d'intervention ménageant une participation active des entreprises poursuivies* »<sup>533</sup>. Sous l'influence des pays anglo-saxons, c'est un mouvement de fond depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>534</sup> auquel les programmes de compliance ont contribué. L'objectif est d'instaurer une plus grande compréhension des entreprises dans une optique de confiance entre l'autorité qui poursuit et l'entreprise qui est poursuivie. Ainsi, Pascale Idoux relève que les entreprises participent désormais à l'adoption des mesures tant préventives que correctrices des situations problématiques au regard des règles de concurrence<sup>535</sup>.

Toutefois, Bruno Lasserre insiste sur le fait que « *le droit de la concurrence ne peut pas – et surtout ne doit pas – devenir un droit entièrement négocié* »<sup>536</sup>. Certains se demandent si finalement « *les autorités de la concurrence ne recourent-elles pas trop souvent aux procédures de transaction même si celles-ci leur permettent d'économiser des ressources et garantissent des*

---

530 DONNEDIEU DE VABRES (L.), « Pas de compliance sans confiance », *op. cit.*, p. 110.

531 LASSERRE (B.), « La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier », *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 95.

532 PARANCE (B.), « Une illustration d'une démarche de compliance en droit de l'environnement : le cas de Michelin devant le Point de contact national France », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 96.

533 CLAUDEL (E.), « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », *Concurrences*, 2015, n° 4, p. 61.

534 ARCELIN- LÉCUYER (L.), *op. cit.*

535 IDOUX (P.), « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », *AJDA*, 2016, n° 14, p. 769.

536 LASSERRE (B.), « La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier », *op. cit.*, p. 95.

condamnations ? »<sup>537</sup>. En effet, dans un document de réflexion, l'OCDE a mis en avant que « *aux États-Unis, 90 % des affaires relevant du droit de la concurrence donnent lieu à une transaction [...et...] très peu d'affaires d'entente ont été saisies par les tribunaux depuis 18 ans* »<sup>538</sup>. Or, il ne faudrait pas qu'aux États-Unis, mais aussi en Europe, le droit de la concurrence et la menace d'une sanction pécuniaire ne deviennent de moins en moins dissuasifs ni, *a fortiori*, que les entreprises utilisent les démarches de compliance comme un outil en la matière. C'est ce que semble avoir pris en compte l'ADLC, à la suite de la Commission européenne.

Les autorités de concurrence utilisent les programmes de compliance afin d'amener les entreprises à dénoncer leur pratiques anticoncurrentielles d'elles-mêmes par le biais de la clémence. C'est ce qui explique que la majorité de ces autorités n'accordent pas de réduction de sanction pécuniaire au titre de la compliance. Toutefois, la conséquence est que les entreprises semblent de moins en moins enclines à adopter des programmes de compliance.

## § 2 - Des programmes de compliance en perte d'attractivité pour les entreprises

Si les entreprises adoptent un programme de compliance respectant bien les principes posés dans les recommandations, elles bénéficient d'une sorte de présomption de respect de la réglementation. La chercheuse Linda Arcelin-Lecuyer note que, pour l'entreprise, il est « *impossible de gérer en interne ce risque découvert, d'y mettre fin et de parier sur sa non-découverte par l'Autorité* »<sup>539</sup>. En raison notamment de l'absence de *legal privilege* pour les juristes, l'entreprise doit être prudente lorsqu'elle établit un programme de compliance car, en quelque sorte, « *elle agit contre elle-même en constituant le dossier qui pourra servir ensuite aux autorités de concurrence pour la poursuivre* »<sup>540</sup>. Il en ressort que c'est une arme à double tranchant. Les praticiens continuent de plaider en faveur de l'introduction d'une circonstance atténuante pour tenir compte de leur effort, sinon à quoi bon investir dans la compliance.

Certains s'interrogent sur la plus-value d'adopter un programme car il ne serait « *utile que s'il a atteint son objectif : parvenir à éviter une infraction [car] hors cette hypothèse, l'Autorité ne prend pas en compte la bonne volonté de l'entreprise* »<sup>541</sup>. En effet, aujourd'hui, en droit de la concurrence, et comme le fait remarquer Linda Arcelin-Lecuyer « *le programme doit être infallible* »<sup>542</sup>. Il s'agit

---

537 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 62.

538 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 61.

539 ARCELIN- LÉCUYER (L.), *op. cit.*

540 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

541 QUERENET-HAHN (B.), POELS (P.), « L'article 59 de la loi Macron : une nouvelle ambition pour les programmes de compliance ? », *RICEA*, 2014, n° 14, p. 25.

542 ARCELIN- LÉCUYER (L.), *op. cit.*

d'une obligation de résultats. Or, de nombreux avocats, dont Laurent François-Martin, notent qu'un dérapage n'implique pas forcément la nullité du programme de compliance<sup>543</sup>. En effet, l'identification de ces pratiques anticoncurrentielles ne signifie pas nécessairement l'ineffectivité du programme. Au contraire, on peut considérer qu'il a fonctionné car il a permis de l'identifier. C'est une difficulté qui peut surgir dans les groupes internationaux où la responsabilité va remonter à la société-mère alors qu'elle n'a rien fait de répréhensible. De nombreuses entreprises ont donc pu se questionner sur le fait d'avoir plus à perdre et à risquer à mettre en place des mesures de compliance plutôt que de ne pas le faire, surtout quand on couple cette problématique des circonstances atténuantes avec celle de l'absence de confidentialité des informations résultants de ce programme. La « seule » démarche que peut entreprendre l'opérateur est de se préparer à la sanction, stopper l'infraction et faire une demande de clémence lorsque cela est possible. De plus, il est possible de sanctionner, en interne, les éventuels salariés ayant pris part à ces pratiques anticoncurrentielles, en admettant qu'il ne s'agit pas des dirigeants eux-mêmes (auquel cas on perçoit mal comment ils pourraient être sanctionnés en interne). Cela explique que certaines entreprises puissent être réticentes à élargir leurs programmes aux règles de concurrence car l'éventuelle mise à jour d'une pratique anticoncurrentielle ne sera aucunement récompensée.

C'est dans ces interrogations que réside tout le paradoxe de la compliance : les opérateurs économiques doivent mettre en place ces pratiques de compliance mais, en même temps, étant donné le coût et le temps qu'ils doivent y consacrer, ces derniers demandent à ce qu'une compensation leur soit reconnue au titre de leurs efforts. À défaut, les programmes de compliance en droit de la concurrence n'apparaissent pas très attractif pour les opérateurs. Les entreprises semblent vouloir instrumentaliser leurs programmes pour négocier des réductions, voire même des exonérations de peines sans une réelle volonté de l'implémenter. Or, tout l'intérêt de ces programmes de compliance est de ne pas avoir des investigations de concurrence qui durent longtemps, coûtent cher, de limiter l'atteinte à l'image et à la réputation de l'entreprise. En effet, les pratiques anticoncurrentielles entre entreprises nécessitent beaucoup de ressources car elles sont difficiles à détecter pour les autorités de concurrence elle-même. L'avantage de ces programmes est qu'ils aident à mettre à jour ces pratiques et les entreprises sont en mesure d'apporter des preuves rapidement, ce qui correspond pleinement à l'intérêt des autorités. Il serait donc logique de les rémunérer en contrepartie de cette coopération, comme pour la clémence. À défaut, Marie-Anne Frison-Roche relève que « *s'il est vrai que le juge doit être "impartial" par rapport aux faits, l'attitude qui consiste à donner aucune "pertinence" à un fait aussi important que les programmes*

---

543 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

*de compliance est en soi contrariant* »<sup>544</sup>.

Il semble que deux possibilités sont envisageables afin d'encourager le maintien d'un programme de compliance régulièrement actualisé. Premièrement, il faudrait en faire une condition pour obtenir la clémence. Ce n'est le cas dans aucun pays mais au Canada « *Le Bureau [de la concurrence] recommande fortement qu'une entreprise présentant une demande d'immunité ou de clémence mette en œuvre un programme crédible et efficace s'appuyant sur le [...] bulletin* »<sup>545</sup>. Cela permettrait aux autorités de concurrence de s'assurer que les programmes de compliance ne soient pas simplement de façade car, pour obtenir la clémence, l'entreprise se doit d'apporter des éléments de preuve. Deuxièmement, la seule autre solution conforme à l'esprit de la compliance est d'accorder une réduction d'amende uniquement lorsque, grâce à ce programme de compliance réellement implémenté, l'entreprise a découvert une infraction et prouve qu'elle y a mis fin avant qu'une enquête de concurrence soit ouverte sur un autre motif que cette dénonciation. À ce titre, Marie-Anne Frison-Roche suggère que la Cour de justice de l'Union européenne « *formule des exigences probatoires [...afin de] sortir de sa position de neutralité* »<sup>546</sup>. L'entreprise devrait prouver à la Cour qu'elle a tout fait pour empêcher l'infraction et y a mis fin.

Xavier Hubert, lors d'une conférence sur la compliance, est même allé plus loin car il a suggéré que, dans ce cas, l'entreprise devrait avoir la possibilité de négocier un programme d'immunité<sup>547</sup>. À défaut, il explique qu'il y a un déséquilibre car l'obligation implicite de compliance signifie également que si un problème est mis à jour, l'entreprise doit « *le régler en interne et, en même temps, dégager [sa] responsabilité* »<sup>548</sup>. L'étude précitée du cabinet Europe Economics pour le Conseil de la concurrence concluait qu'« *aucune conclusion claire ne peut être tirée de [...] la viabilité d'une politique accordant des réductions de sanction* »<sup>549</sup> mais elle doit nécessairement se baser sur une évaluation de la réelle implémentation (savoir si l'entreprise a tout fait pour prévenir un risque d'infraction). Il en résulterait moins de pratiques de compliance de façade mises en œuvre simplement dans l'objectif d'obtenir des réductions d'amende.

En tout état de cause, des praticiens mettent en avant qu'« *un juste équilibre doit être trouvé entre*

---

544 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

545 Bureau de la concurrence Canada, *Les programmes de conformité d'entreprise*, 2010 : <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03280.html>.

546 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

547 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, *op. cit.*, 26 min 45.

548 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, *op. cit.*, 26 min 48.

549 Europe Economics, *op. cit.*, p. 11 et 12.

*les pouvoirs des autorités [...] et la protection des droits de l'entreprise* »<sup>550</sup>.

Toujours est-il que ce qui se justifie difficilement est l'obtention d'une réduction d'amende lorsqu'une entreprise s'engage à en établir un alors qu'elle n'en a pas de base. Il s'agit d'éviter l'instrumentalisation du système et de ne pas affaiblir l'effet voulu dissuasif de ces sanctions. Il faut tout de même noter que cette situation devrait concerner de moins en moins d'entreprises car de plus en plus d'obligations légales dans les pays concernent la compliance dans divers domaines et donc implique le droit de la concurrence selon les risques identifiés par l'entreprise. Cela se justifie d'autant moins lorsque ce sont des employés ou dirigeants qui commettent les pratiques illégales en connaissance de cause. De plus, Patrice Lombart, ancien directeur juridique de GDF, a relevé que, dans cette situation, certains de ces programmes ne correspondaient pas aux standards internationaux et ne prévoyaient ainsi pas de sanction en interne ou étaient des communiqués d'intention non suivi d'effet<sup>551</sup>. Or, on a vu notamment que le contrôle de l'effectivité des mesures mises en place est compliqué et coûteux pour les autorités.

Une autre question peut se poser : les entreprises se doivent-elles d'observer à la lettre leurs programmes ? Finalement, ce sont des standards devenus internationaux dont l'intérêt d'être suivis, comme le fait remarquer l'avocat Laurent François-Martin, ne se présentent qu'en cas de procédure contentieuse<sup>552</sup>, et encore cela dépend des autorités. Tant que le programme de compliance ne sera pas une condition pour obtenir la clémence, surtout dans les cas où les autorités ne les prennent pas en compte dans l'individualisation de l'amende, les standards sont finalement de simples indications et rien n'oblige les entreprises à les respecter.

Le débat sur les implications des programmes de compliance se cristallise souvent sur les réductions d'amende lorsqu'ils s'avèrent défaillants alors qu'ils pourraient avoir d'autres implications positives.

### **§ 3 – Les possibles avantages des programmes de compliance pour la répression des infractions anticoncurrentielles**

Outre le côté préventif d'un programme de compliance, il est possible d'envisager que les engagements de compliance adoptés suite à une pratique anticoncurrentielle incluent une obligation

---

550 DEDIEU (D.), FEUGERE (W.), LANCRI (M.), MOSSE (M.), TROCHON (J-Y.), WINCKLER (A.), *op. cit.*, p. 17.

551 LOMBART (P.), *op. cit.*, § 2.

552 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

de réparer le dommage causé. Néanmoins, Christophe Lemaire remarque que cette démarche n'existe pas dans la majorité des pays<sup>553</sup>. Il s'agit d'un cas assez rare qui peut être illustré au Royaume-Uni avec l'affaire des écoles. Des écoles se sont entendues illégalement sur les frais d'inscription et l'OFT a accepté leur engagement de créer « *un fonds pour permettre à des étudiants de toucher une bourse plutôt que de payer une amende* »<sup>554</sup>. Cette amende aurait eu pour conséquence d'augmenter encore une fois les frais d'inscription.

Par ailleurs, un autre intérêt est de permettre à un opérateur économique de détecter quand il est potentiellement la victime d'une pratique anticoncurrentielle de la part d'un concurrent, d'un fournisseur ou d'un acheteur et de protéger en conséquence ses intérêts. Ils peuvent donc par exemple déposer une plainte. Par ailleurs, l'entreprise, sensibilisée aux subtilités du droit de la concurrence, peut les utiliser dans ces négociations commerciales<sup>555</sup>.

Dans le même ordre d'idée, il est intéressant de noter que, dans certains pays, ces programmes sont instituées en tant que mesure accessoire à une sanction afin d'éviter de futures violations. Aux États-Unis, comme au Canada, au Royaume-Uni ainsi qu'en Australie, le juge a la possibilité d'enjoindre l'adoption d'un programme de compliance<sup>556</sup>. Christophe Lemaire relève que ce n'est pas le cas en France car c'est l'ADLC, et non le juge, qui sanctionne les comportements anticoncurrentiels<sup>557</sup>. Toutefois, l'ADLC ne prononce pas d'injonction à la compliance. L'avocat Jean-Christophe Grall regrette ce choix car l'ADLC a une vision de la sanction « *unique à finalité multiple* »<sup>558</sup>, c'est-à-dire qu'elle applique « *les mêmes sanctions lorsqu'elle vise à prévenir et lorsqu'elle cherche à dissuader* »<sup>559</sup>. Or, une injonction à adopter une démarche de compliance pourrait constituer une sanction pédagogique et préventive à part entière, au côté des sanctions pécuniaires dont le but est, avant tout, de dissuader. En effet, lorsque les autorités sanctionnent, elles doivent faire une différence entre des entreprises dont le seul but est l'optimisation de leurs profits quels que soient les moyens. Dans ce cas, les sanctions dissuasives ont lieu de s'appliquer. Cependant, des entreprises sont sincères et pensent bien faire pour sauvegarder leurs affaires et il y a donc lieu de mettre l'accent sur la pédagogie qui sera mieux acceptée. Toutefois, il est vrai que, comme l'a affirmé Brent Snyder, les cartels sont souvent de longues durées et le fait de s'accorder

---

553 Questions-réponses, *op. cit.*

554 *Idid.*

555 LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *op. cit.*

556 Europe Economics, *op. cit.*, annexe 2. ; COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 107.

557 LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *op. cit.*

558 GRALL (J-C.), CROUY-FOURNIER (N.), « La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence : de l'unité à la diversité. L'intention du cartelliste : un facteur de diversification des sanctions ? », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 35.

559 *Idid.*

sur les prix, la répartition des marchés, ou d'autres pratiques anticoncurrentielles ne se fait pas par accident. Les entreprises sont bien souvent conscients du caractère illégal des pratiques<sup>560</sup> (et c'est d'ailleurs pour cela qu'elles mettent en oeuvre des techniques pour les dissimuler rendant la détection difficile).

Pour conclure cette première partie, l'objectif affiché des entreprises adoptant un programme de compliance en droit de la concurrence est de gérer, dans un but préventif, les risques découlant de l'application de ce droit. Toutefois, ce n'est pas une démarche si simple, en particulier pour les entreprises européennes. De tels programmes ne sont pas encore tout à fait adaptés au cadre juridique de l'Union européenne. En effet, il suffit de rappeler les problématiques relatives au *legal privilege* et au mécanisme d'alerte. En contrepartie de cet effort, les entreprises souhaitent généralement obtenir des réductions de sanctions pécuniaires si leur programme révèle un comportement anticoncurrentiel. Les autorités de concurrence, quant à elles, tout en soutenant ces programmes, ne donnent pas les mêmes conséquences à ces situations. Le régime des programmes compliance en droit de la concurrence gagnerait à être harmonisé au sein de l'Union européenne car la compliance en la matière reste éminemment anglo-saxonne. Cela n'empêche pas les autorités de concurrence européennes de l'utiliser également comme un instrument de régulation concurrentielle à leur avantage. À travers de tels programmes, les autorités encouragent davantage la procédure de clémence pour l'exercice de leur mission. Ces deux outils sont perçus de manière complémentaire car la clémence ne permet pas cette internalisation des règles du droit de la concurrence de l'Union européenne au sein même des entreprises. L'objectif final de ces autorités de concurrence est d'implanter une culture de la concurrence par la compliance au sein des entreprises.

---

560 SNYDER (B.), *op. cit.*, p. 7.

## **Partie II - Le programme de compliance : un dispositif de promotion d'une culture de la concurrence au sein des entreprises discuté au plan constitutionnel**

Pour aboutir à la promotion d'une culture de la concurrence (Chapitre II), cette démarche de compliance doit nécessairement concerner toutes les entreprises (Chapitre II).

### **Chapitre I - Des programmes de compliance devenus obligatoires pour toutes les entreprises**

L'instauration et le maintien de tous ces mécanismes qui constituent un programme de compliance ont donc un coût et peut paraître complexe pour les entreprises (Section I). Au delà de ces difficultés, il apparaît que les entreprises se doivent d'établir des programmes de compliance efficaces afin qu'ils aient une réelle valeur aux yeux des autorités de concurrence mais également en interne (Section II).

#### **Section I - Un programme de compliance coûteux et complexe pour les PME comme pour les multinationales**

Les entreprises peuvent être réticentes à établir des programmes de compliance au vu de la complexité que cette démarche peut entraîner, en particulier sur le plan financier (§ 1). Cependant, cela ne doit pas remettre en cause l'utilité de ces programmes au regard de la lutte contre les comportements anticoncurrentiels (§ 2).

##### **§ 1 - La diversité des difficultés résultant des programmes de compliance pour les entreprises**

Les programmes de compliance en droit de la concurrence entraînent des coûts qui sont difficilement quantifiables de manière précise car propres à chaque programme. L'analyse menée par Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin précitée a établi que les entreprises sont plus réticentes à parler du budget alloué à la compliance qu'à parler des différents risques qu'elles peuvent rencontrer<sup>561</sup>. Quelques chiffres significatifs ressortent de l'étude susmentionnée de Europe Economics : « *aux États-Unis, [...] la moyenne du montant investi par les sociétés dans leurs programmes de conformité en 2005 (qui incluent d'autres domaines que la concurrence) variait de*

---

561 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*., p. 111.

150 000 à 249 000 dollars. Dans les grandes entreprises, [...] le budget moyen des services de conformité était de près de 300 000 dollars »<sup>562</sup>. On peut supposer qu'avec l'intérêt croissant porté à la conformité par les entreprises et le législateur, les budgets y étant alloués ont augmenté. En effet, ces pratiques se propagent et deviennent incontournables au sein des entreprises peu importe leur taille. Ainsi, l'avocat Kami Haeri explique qu'en France, ces budgets consacrés à la conformité vont être de plus en plus importants, et cela quelque soit le domaine du droit concerné<sup>563</sup>.

Ces coûts sont dûs au fait qu'une démarche de conformité fait peser sur l'entreprise de nombreuses formalités administratives et logistiques. Pour s'en rendre de compte, il suffit de prendre l'exemple de l'organisation des formations annuelles qui doivent souvent passer, au préalable, par des marchés publics au sein des structures publiques. De plus, le processus de conformité entraîne nécessairement la modification du fonctionnement de l'entreprise. Or, ces changements peuvent ne pas être toujours appréciés. Tel est le cas de la potentielle surveillance que cela implique et qui n'est pas fréquemment populaire ni auprès des employeurs, ni auprès des employés. De même, le service en charge des ventes pourrait faire valoir qu'avec ces méthodes plus rigoureuses, l'entreprise sera moins apte à faire face à la concurrence.

L'adaptation du programme de conformité aux potentiels risques rencontrés par l'entreprise est une étape importante car elle va permettre de ne pas investir des sommes trop lourdes « dans les marchés où elles ont peu de pouvoir de marché et sont donc moins en mesure de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles »<sup>564</sup>. Cet outil est d'autant plus important que, selon le député et professeur Daniel Fasquelle, de nombreuses PME n'ont pas cette culture en matière de concurrence car, faute de bénéficier des conseils de spécialistes des règles de concurrence, elle « ne se rendent même pas compte que ce qu'elles font est interdit »<sup>565</sup>.

De plus, ce qui entraîne un investissement en terme de coût et de temps est d'adopter une démarche de conformité globale et adaptée avec les différentes règles applicables des différents domaines (que ce soit la corruption, la protection des données personnelles, la discrimination, la finance, etc.) car un tel programme ne devrait pas se limiter au respect de la libre concurrence.

Le programme de conformité entraîne donc un coût conséquent pour l'entreprise mais qui devient de plus en plus indispensable dans le monde des affaires, que ce soit pour les PME (A) comme pour les groupes multinationaux (B).

---

562 Europe Economics, *op. cit.*, p. i.

563 HAERI (K.), « Le dispositif de la loi Sapin II sur la conformité est très important et ambitieux », *Le Monde du Droit*, 2016.

564 Europe Economics, *op. cit.*, p. ii.

565 FASQUELLE (D.), « La PME, « auteur » de pratiques anticoncurrentielles », *Lamy de la concurrence*, 2011, n° 29.

## A- De nouveaux frais pour les PME compensés par une structure avantageuse

Les coûts qu'impliquent la compliance pour les PME sont régulièrement décriés. Ainsi, l'avocat Laurent François-Martin insiste sur le fait que les PME n'ont pas les moyens d'adapter substantiellement leurs démarches. Pour lui, « *les amendes qu'elles encourent sont souvent plus lourdes comparativement à celles qu'encourent les grandes entreprises* ». Il en conclue donc que la compliance est « *facilitée pour les grands groupes par rapport aux moyens limités des PME* »<sup>566</sup>. D'autres font remarquer que ces dernières ne disposent pas forcément du budget permettant de faire intervenir des professionnels pour donner des formations en leur sein<sup>567</sup>. Le but d'une PME serait de ne pas s'encombrer avec des procédures supplémentaires qui ne sont pas légalement obligatoires afin de se confronter directement à la concurrence. Pour Marie-Anne Frison-Roche, il faut « *limiter les sujets de droit éligibles à la compliance pour éliminer l'aporie* »<sup>568</sup> car les entreprises concernées devraient être « *les entreprises cruciales* »<sup>569</sup> c'est-à-dire les grandes entreprises internationales.

Toutefois, le coût d'établissement d'un programme de compliance est une difficulté à surmonter. Certes, l'autorité de la concurrence britannique a pu tenir compte de la taille de l'entreprise de manière indirecte dans une décision sur le secteur du travail temporaire en 2009 pour établir si la politique de compliance était adaptée et si elle pouvait justifier une réduction de sanction<sup>570</sup>. Cependant, la position de cette autorité, comme des autres autorités de concurrence, est que toutes les entreprises se doivent de respecter le droit de la concurrence par l'adoption de démarche de compliance en fonction de leur degré de risque. En effet, tout comme un tel programme est utile pour les grandes entreprises, il l'est aussi pour les PME pour des raisons similaires mais également différentes.

En premier lieu, si la compliance se rapporte à l'obligation de se conformer au droit, alors il est évident que toutes les entreprises sont concernées, quels que soient leurs tailles et leurs marchés d'intervention. En deuxième lieu, comme il a déjà été évoqué, la taille réduite des PME joue en leur faveur car, étant plus proches de leurs employés, la démarche est susceptible d'entraîner de moindres coûts. Abrantes-Metz et Sokol<sup>571</sup> ont démontré que « *la complexité de l'organisation*

---

566 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

567 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 13.

568 FRISON-ROCHE (M-A.), « Fonctions de la compliance : le choix politique à faire », 2017, <http://mafr.fr/media/assets/slides/slides-fonctions-de-la-compliance.pdf>, slide 18.

569 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 23.

570 FASQUELLE (D.), *op. cit.*

571 ABRANTES-METZ (R.), SOKOL (D.), « Antitrust Corporate Governance and Compliance », in BLAIR (R-D.), SOKOL (A.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, 2015, vol.2, Oxford University Press, p. 586-618.

– associée par exemple à une taille plus importante de l'entreprise – accroît les coûts de surveillance des agents et contribue à renforcer les comportements illégaux »<sup>572</sup>, ce qui rend la démarche de compliance encore plus compliquée pour être efficace. C'est ce facteur de proximité entre l'entreprise et ses salariés qui fait dire à Joseph Murphy que, pour une PME, la compliance est fonction de l'implication personnelle du dirigeant alors que, dans les grandes organisations, ce sont surtout les ressources financières qui impactent sa mise en œuvre<sup>573</sup>. À travers un guide rédigé au sein de la Society of Corporate Compliance and Ethics « A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs »<sup>574</sup>, il en conclut que « mettre en œuvre un programme de conformité efficace n'est impossible que pour les responsables qui ne veulent pas se donner le mal de prendre les règles au sérieux »<sup>575</sup>. En troisième lieu, si les PME veulent agir en tant que fournisseurs, prestataires ou sous-traitants de plus grandes entreprises, ces dernières demandent désormais généralement la démonstration de ce qu'elles ont une organisation de compliance. Elles peuvent également annexer une déclaration au contrat pour que le sous-traitant se conforme aux règles de l'entreprise. Au passage, on perçoit alors que le potentiel effet pervers est de réduire la compliance à « un échange plus ou moins hypocrite de documentation sans portée »<sup>576</sup>. En quatrième lieu, les PME n'ont pas besoin d'un programme d'envergure égal à ceux des multinationales avec des filiales dans différents pays. Du reste, en cas de pratiques anticoncurrentielles, les PME ne peuvent prétendre à un traitement plus favorable que les entreprises d'une plus grande taille. Dès lors, elles se doivent également de prendre les mesures nécessaires à la prévention des risques.

Blandine Cordier-Palasse présente les programmes de compliance comme un atout « à la croissance de jeunes entreprises »<sup>577</sup>. De nombreuses structures ont rédigé des lignes directrices spécifiquement à destination des PME en reconnaissant que ces dernières rencontrent des difficultés différentes. À titre d'illustration, le Guide de bonnes pratiques pour les programmes de conformité destinés à lutter contre les ententes<sup>578</sup> rédigé par l'OCDE met bien en avant que ses conseils sont

---

572 COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), *op. cit.*, p. 95.

573 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 301.

574 MURPHY (J.), « A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day : How Small Companies Can Have Effective Programs », *Society of Corporate Compliance and ethics*, 2010.

<https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>

575 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *loc. cit.*

576 GIRAUD (P.), « L'Etablissement de règles d'Ethique et de Compliance dans les ETI et les PME : Quel rôle pour le Juriste d'Entreprise ? », *Le Monde du Droit*, 2013.

577 CORDIER-PALASSE (B.), « Risque d'image, risque majeur », in PANQUIAULT (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 5.

578 Groupe de travail de l'OCDE, « Guide de bonnes pratiques pour les programmes de conformité destinés à lutter contre les ententes », in OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 322.

flexibles et doivent être adaptés pour les PME. De même, l'autorité belge de la concurrence a établi un guide à destination des PME sur les programmes de compliance<sup>579</sup>. Dans le même ordre d'idée, en février 2018, Steiner avocats a annoncé un partenariat pour proposer à ces dernières une assistance dans leur processus de compliance<sup>580</sup>.

Selon Pierre Giraud, directeur juridique, nombreuses sont les PME et les Entreprises de Tailles Intermédiaires (ETI) à proclamer le respect de divers principes de bonne gouvernance mais rares sont celles qui ont développé un corps de règles comme décrit dans la première partie<sup>581</sup>. Cela s'explique par le fait que, pour elles, il est question d'une réelle nouveauté qui vient s'imposer progressivement dans leurs pratiques. En effet, nous avons vu que la compliance a d'abord concerné les grandes entreprises intervenant dans de nombreux pays, et notamment aux États-Unis. Les pratiques de compliance se sont ensuite propagées. Cependant, la compliance n'a pas un coût supérieur pour les PME par rapport aux multinationales.

La compliance semble plus coûteuse pour les multinationales que pour les PME, tout du moins les multinationales rencontrent plus de difficultés dans l'établissement d'un tel programme étant donné notamment que les dirigeants ne sont pas forcément aussi proches de leurs employés.

## **B- La problématique des groupes multinationaux**

Il reste évident qu'aujourd'hui ce sont surtout les entreprises multinationales qui ont adopté ces processus de rationalisation du fonctionnement des acteurs économiques. Des auteurs expliquent ce phénomène assez logiquement car ce sont ces entreprises « *qui peuvent causer par leur taille le plus grand tort à l'économie, aux actionnaires, à l'environnement, à la société, etc.* »<sup>582</sup>. Toutefois l'élaboration d'un programme de compliance amène certaines interrogations lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés multinationales.

Tout d'abord concernant le coût, il convient de relever que leurs démarches doivent être conformes avec les différentes législations nationales susceptibles de s'appliquer. Et, si les règles du droit de la concurrence sont similaires dans de nombreux pays, la pratique décisionnelle et la vision des différentes autorités de concurrence peuvent être différentes. C'est pourquoi, le cabinet Europe Economics recommande que les programmes soient établis de manière à respecter la législation

---

579 Autorité belge de la Concurrence, Communiqué de presse, *L'Autorité belge de la Concurrence publie un guide sur les programmes de conformité destinés aux PME*, 2016, n° 13.

580 « Steiner avocats propose une expertise intégrée avocat / expert sur la compliance », *Le Monde du Droit*, 2018.

581 GIRAUD (P.), *op. cit.*

582 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 85.

concurrentielle la plus stricte de tous les territoires où ces entreprises évoluent<sup>583</sup>.

Ensuite, l'enjeu est de savoir qui, de la société-mère et/ou de ses filiales, est personnellement concernée par cette démarche. L'avocat Laurent François-Martin met en avant que, généralement, l'instauration d'une démarche de compliance au sein d'un groupe suppose « *un cadre très contraignant voire une immixtion de la mère dans la gestion de la conformité par ses filiales* »<sup>584</sup>. Le fait d'impliquer tous les dirigeants de la société-mère et de la filiale dans des programmes de compliance est plus bénéfique d'un point de vue efficacité et impact sur les employés. Ces programmes devront être différenciés en fonction des risques propres que peuvent rencontrer les entreprises du groupe. Ainsi, plutôt que de désigner un seul *compliance officer*, ces entreprises pourraient envisager un système comme celui de chez Orange (en 2014) évoqué dans la première partie, à savoir un responsable principal de la conformité au niveau de la société-mère et des responsables adjoints au niveau des filiales. Dans leur étude précitée, Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin expliquent que de nombreux groupes ont une approche centralisée consistant à décider des grandes lignes au niveau de la société-mère puis désigner un réseau de Compliance Officer sous la direction de celui qui se trouve au niveau de la société-mère<sup>585</sup>. Ce réseau est chargé de faire remonter les spécificités des filiales tout en y exécutant le programme de compliance global. C'est la solution la plus souvent recommandée, à savoir, non pas un programme de compliance unique pour l'ensemble du groupe, mais un programme au niveau de la société-mère adapté au sein de chaque filiale.

En revanche, il faut relever que l'adoption d'un programme de compliance « groupe » est plus aisé pour un groupe centralisé. En effet, Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin mettent en avant que plus les filiales ont une organisation différente ou sont autonomes par rapport à la société-mère, plus la démarche est compliquée<sup>586</sup>. Toute la difficulté réside dans le fait qu'en cas d'enquête de concurrence dans une filiale, l'autorité pourrait être incitée à pousser son enquête dans les deux sociétés du groupe<sup>587</sup>. Cette situation pourrait être interprétée comme signifiant l'absence d'autonomie de la filiale. Par conséquent, l'amende est établie en fonction du chiffre d'affaire du groupe, et non uniquement de la filiale. C'est ce raisonnement que le tribunal de l'Union européenne a eu dans l'arrêt Schindler pour condamner la société-mère. Il a ainsi jugé que « *la mise en œuvre, au sein des filiales de Schindler Holding, dudit code de conduite suggère plutôt un contrôle effectif*

---

583 Europe Economics, *op. cit.*, p. 28.

584 FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *op. cit.*

585 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 118.

586 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 109.

587 CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (seconde partie – mise en œuvre et pertinence des programmes de mise en conformité) », *op. cit.*

*par la société mère de la politique commerciale de ses filiales* »<sup>588</sup>. Ce point n'a pas été réfuté par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>589</sup>. Pierre Arhel, à la suite de cet arrêt, explique que « l'existence d'un « *compliance program* » n'est en aucune manière de nature à permettre de rapporter la preuve de l'absence d'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de la filiale »<sup>590</sup>. C'est pour cela que les dirigeants de la société-mère ne doivent absolument pas être les dirigeants des filiales du fait de sa remontée de responsabilité. Pour autant, il serait peut être opportun, comme le font remarquer certains avocats, qu'un programme de compliance établit au niveau d'un groupe et qui n'est pas respecté par les employés d'une filiale soit de nature à disculper la société-mère<sup>591</sup>.

Cette problématique des groupes de sociétés renvoie à celle de l'adaptation du programme. En effet, il est nécessaire de prendre en compte la nature de ce groupe avant de le mettre en place. Par exemple, selon qu'il s'agit d'un groupe intégré ou d'un réseau de distribution bicéphale, les risques ne seront pas les mêmes. Pour ce dernier cas, Luc-Marie Augagneur explique que « l'éventualité d'une divergence entre les deux têtes de réseau » doit être prise en compte au moment de l'identification des risques<sup>592</sup> et se répercutera sur le contenu des formations. De plus, là où la compliance d'un réseau d'indépendants mettra d'avantage l'accent sur les problématiques d'échanges d'information et d'ententes, une entreprise intégrée veillera à prévenir les abus vis-à-vis de ses partenaires.

Par ailleurs, au sein des groupes et des associations d'entreprises, il est nécessaire que les acteurs économiques restent indépendants les uns des autres. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a, par exemple, jugé en 2001 qu'un code de conduite interdisant aux membres d'un groupement le recours à la publicité comparative constitue une entente prohibée par l'article 101 du TFUE (la publicité étant une cause de concurrence)<sup>593</sup>.

Les démarches de compliance concernent donc toutes les entreprises. Il va devenir difficile pour une entreprise de démontrer qu'elle n'est pas concernée sous prétexte qu'elle fait suffisamment attention aux différentes réglementations. Encore beaucoup de dirigeants d'entreprises pensent que

---

588 Trib. UE, 13 juillet 2011, aff. T-138/07, *op. cit.*, pt. 88.

589 CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission européenne*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:C:2013:522, conclu Kokott.

590 PRUNET (F.), « Les conflits d'intérêts en droit de la concurrence, colloque Les conflits d'intérêts en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 342, p. 19.

591 TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), *op. cit.*, p. 6.

592 AUGAGNEUR (L.-M.), « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 139.

593 TPICE, 28 mars 2001, aff. T-144/99, *Institut des mandataires agréés c/ Commission*, Rec. 2001 II p. 1087, ECLI:EU:T:2001:105.

s'ils n'ont jamais été concernés par des enquêtes de concurrence, le risque ne se réalisera pas. Cependant, le respect du droit de la concurrence concerne toutes les entreprises. Ces dernières doivent voir la compliance comme un investissement.

## **§ 2 - Un coût constitutif d'un outil indispensable de détection des pratiques anticoncurrentielles**

Du fait de ce caractère onéreux, certains peuvent percevoir ces politiques de compliance comme des contraintes subies plutôt que comme un élément permettant la performance de l'entreprise. Toutefois, Benoit Dutour, membre de la direction juridique du groupe Dassault Systèmes, explique, lors d'une formation, que les entreprises ont à leur disposition des outils ayant un coût raisonnable. Ainsi, il est possible de solliciter les contrôleurs internes déjà en place afin de contrôler la compliance ou encore de mettre en place davantage d'audit interne sur les points liés à la cartographie des risques. Pour lui, « *ce sont des outils d'action tangibles qui ne rajoutent pas tant que ça, des coûts additionnels à un pack office qui est déjà relativement coûteux* »<sup>594</sup>. Aussi, Véronique Besson note que les coûts des programmes de compliance peuvent être réduits par l'utilisation des technologies qui entraîne notamment « *l'autonomisation de processus, [...] de contrôles* »<sup>595</sup>. Il faut ajouter le constat selon lequel les montants alloués à la compliance ne signifient pas forcément l'effectivité de la démarche.

Pour Blandine Cordier-Palasse ce qui pose problème, ce sont « *les considérations gestionnaires de court terme* »<sup>596</sup>. Les professionnels en la matière insistent sur le fait que la compliance doit être perçue comme un investissement<sup>597</sup>. En effet, comme il a déjà été démontré, la non-conformité représente un coût encore plus important pour l'entreprise. Sur ce point, Antoinette Gutierrez-Crespin mentionne le coût considérable des enquêtes de concurrence pour lesquelles les auditeurs, les avocats, les salariés travaillent de nuit comme de jour car « *il s'agit d'aller très très vite* »<sup>598</sup> afin de déterminer la portée précise du problème. Elle précise que « *là, il n'y a pas de limite dans l'investissement* »<sup>599</sup>. Bruno Lasserre, quant à lui, rappelle les sommes considérables provisionnées par les entreprises aux États-Unis afin de pouvoir faire face à d'éventuels contentieux de la concurrence<sup>600</sup>. Les autorités de concurrence, notamment la Commission européenne,

---

594 DUTOUR (B.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 17 min.

595 BESSON (V.), « L'entreprise et l'élaboration d'un programme de compliance », *op. cit.*, p. 213.

596 WATIN-AUGOUARD (J.), « Une « compliance » acclimatée », *op. cit.*, p. 2.

597 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

598 GUTIEREZ-CRESPIN (A.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 38 min 25.

599 *Ibid.*

600 LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité ? », *op. cit.*

rappellent donc aux entreprises que le but d'une démarche de compliance est de prévenir l'existence d'infraction<sup>601</sup>. Les comportements anticoncurrentiels étant généralement compliqués à détecter, il est nécessaire que les entreprises consacrent les moyens à cette prévention, non pas seulement à la réaction.

Les effets avantageux qu'impliquent ces programmes sont donc supérieurs à ces coûts d'introduction pour de nombreux praticiens. Par exemple, grâce à de bonnes formations, les opérationnels prendront des décisions plus rapidement dans l'intérêt de l'entreprise. Alors que, sans ces démarches de compliance, selon Philippe Poels, les employés vont dire « *des choses qu'ils ne peuvent pas dire et ils ne diront pas des choses qu'ils doivent dire* »<sup>602</sup>. De plus, les ressources peuvent ainsi être mieux réparties pour d'autres activités<sup>603</sup>. À terme, il est évident que la compliance aux règles de concurrence, comme à n'importe quelle règle, se révèle rentable car une entreprise ne s'établit pas sur la violation des règles. Par ailleurs, Virginie Lefebvre-Dutilleul explique, à juste titre, qu'il est préférable de déceler un comportement non-conforme en interne, « *plutôt que de le voir détecté par un tiers, ou de l'apprendre dans le journal* »<sup>604</sup>.

De plus, Bruno Lasserre affirmait que les entreprises ne respectant pas le droit de la concurrence seront toujours plus désapprouvées par les consommateurs<sup>605</sup>. Selon les différentes autorités de concurrence du monde, les entreprises *compliantes* peuvent se prévaloir, sur le marché et par rapport à leurs concurrents, de ces mesures de prévention garantissant une sécurité juridique. Par ailleurs, « *quand elle est bien conçue* »<sup>606</sup> précise Bruno Lasserre, la compliance permet de dynamiser l'entreprise sans empêcher une certaine prise de risque contrôlée car inhérente à ses activités. L'image de l'entreprise n'en sera que meilleure, favorisant ainsi la confiance de la part de la chaîne de production dans laquelle elle se trouve ainsi que celle des clients. La stratégie commerciale de l'entreprise peut également s'en trouver améliorée. En effet, l'avocate Julie Catala-Marty affirme que les décisions commerciales seront prises méthodiquement en considération des règles concurrentielles<sup>607</sup>. En outre, les pratiques qui ne seraient pas effectives seront détectées plus facilement. Le risque d'adopter un comportement anticoncurrentiel par négligence s'atténue

---

601 Commission UE, *Compliance matters – What companies can do better to respect UE competition rules*, 2013.

602 POELS (P.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 40 min 45.

603 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 329.

604 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, *op. cit.*, p. 313.

605 LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité ? », *op. cit.*

606 LASSERRE (B.), Actes du colloque organisé par le MEDEF, le cabinet Linklaters et le Cercle Montesquieu, sur le thème : Programmes de conformité. La « compliance », une protection pour les entreprises ?, 11 juin 2009, Paris ; cité dans COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

607 CATALA MARTY (J.), « Quels bénéfices attendre de la mise en oeuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence ? », *op. cit.*, p. 37.

considérablement et donc, par la même, celui de sanction pécuniaire. L'entreprise s'affiche ainsi comme une entreprise éthique, ce qui présente un intérêt « *pour les opérateurs économiques friands d'une telle image* »<sup>608</sup> fait remarquer Emmanuel Claudel.

Cet investissement doit évidemment durer dans le temps, ce qui peut présenter une nouvelle difficulté dans la vie des entreprises. Pour preuve, fréquemment les entreprises condamnées pour pratique anticoncurrentielle vont investir beaucoup dans la prévention. Cependant, Joseph Murphy souligne que généralement « *quelques cycles économiques plus tard, le responsable de la conformité, auparavant doté de pouvoirs importants, rend compte à un juriste débutant qui travaille au service juridique de l'entreprise et la formation en droit de la concurrence n'est plus dispensée qu'aux pauvres âmes qui ne peuvent y échapper* »<sup>609</sup>.

L'adoption d'un programme de compliance présente des intérêts notables par rapport à ces coûts, à tel point qu'on peut affirmer que, sous l'influence des autorités de concurrence, c'est une démarche devenue obligatoire pour la continuité des affaires d'une entreprise.

## **Section II – Un programme de compliance jugé sur son efficacité : quelle obligation pour quelle valeur juridique ?**

Dans l'esprit des autorités de concurrence, les programmes de compliance sont devenus obligatoires (§ 2) pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. C'est la raison pour laquelle les entreprises se doivent d'adopter des programmes efficaces (§ 1). Sur le plan juridique, cela a pour conséquence d'en faire de véritables règles de droit internes aux entreprises (§ 3).

### **§ 1- L'efficacité du programme de compliance**

Les autorités de concurrence insistent sur l'efficacité du programme de compliance, c'est-à-dire son caractère adapté, complet et réel. Cependant, alors que dans d'autres domaines les moyens sont donnés aux autorités de contrôler les mesures de compliance, il est difficile pour les autorités de concurrence de le contrôler. En réalité, cette efficacité du programme de compliance mentionnée déjà à plusieurs reprises renvoie à la sociologie juridique. Ainsi, l'une des raisons pour lesquelles les programmes de compliance ne valent pas circonstance atténuante dans beaucoup de pays est que,

---

608 CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence », *op. cit.*

609 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 315.

comme l'a relevé Georges Decocq, « *les autorités de la concurrence sont assez hermétiques à cette discipline* »<sup>610</sup>, préférant l'analyse économique de ce droit.

Il faut noter que, alors que « *l'efficacité est relative à la minimisation des coûts pour atteindre un certain résultat, l'efficacité mesure l'écart entre les résultats d'une activité donnée et les objectifs annoncés* »<sup>611</sup>. Luc-Marie Augagneur fait remarquer que le caractère efficace d'un programme de compliance va être fonction de celui qui le juge<sup>612</sup>. Ainsi, pour les autorités, l'objectif est la sauvegarde de l'ordre public économique et il sera efficace s'il remplit les conditions posées par leurs recommandations. En ce qui concerne les économistes, il doit contribuer à remplir les objectifs de l'approche économique du droit dont le bien-être des consommateurs. Enfin pour les entreprises, le but est de prévenir les risques et les sanctions. En tout état de cause, un programme efficace est celui qui, dans un but préventif, permet de sensibiliser tous les employés à la culture de concurrence mais également dans un but curatif de dénoncer les comportements anticoncurrentiels.

Sur cette efficacité du programme de compliance, la question qui se pose est également celle de savoir à quel moment un tel programme peut être considéré comme efficace. D'un côté, certains considèrent qu'il est efficace lorsqu'il est établi en réponse à une infraction. D'un autre côté, d'autres considèrent qu'un programme est efficace lorsqu'il permet le développement d'une culture de compliance empêchant les infractions de se produire *ex ante*<sup>613</sup>. Cette dernière position est celle des autorités. Toujours est-il qu'il revient à l'entreprise de prouver qu'elle a mis en place un programme de compliance efficace.

Afin d'afficher qu'un programme est efficace, l'entreprise doit s'assurer que son programme soit toujours adapté (A) en anticipant les risques dont il est lui-même à l'origine par le biais de sa surveillance (B).

## **A- Les risques liés à la sur-conformité ou la cosmétique**

Selon Joëlle Simon, directrice générale adjointe au MEDEF, « *le principal risque réside dans la mise en place de procédures trop tatillonnes, trop lourdes et finalement inefficaces [...] ce qui, au quotidien peut être parfois [...] une « vrai gêne* » »<sup>614</sup>. Les documents supports de la

---

610 DECOCQ (G.), « Les enseignements du droit de la concurrence », *Lamy Droit des Affaires*, 2015, n° 1.

611 Europe Economics, *op. cit.*, p. 67.

612 AUGAGNEUR (L.-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 32.

613 Europe Economics, *op. cit.*, p. 34.

614 SIMON (J.), « La conformité : pourquoi ? Comment ? Avec quels risques ? », in ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, *op. cit.*, p. 299.

compliance doivent formuler des règles accessibles, applicables aux situations quotidiennes et de crises en orientant le personnel vers le service juridique si besoin. Le but n'est pas, comme le précise les lignes directrices du MEDEF, de convertir les employés en avocats spécialisés en droit de la concurrence<sup>615</sup> ou de les décourager de les appliquer. En effet, la compliance ne doit pas dissuader les entreprises dans l'adoption de comportements légitimes par crainte d'être contraire au droit de la concurrence. Lors d'une formation Joseph Vogel prend ainsi l'exemple d'entreprises qui, suite à une condamnation pour entente de prix de revente minimum imposés entre un fournisseur et ses distributeurs, établissent un programme transmis à leurs filiales interdisant de conseiller des prix ou « *vous conseillez un prix de 120 alors que le prix de marché est de 100 comme ça le prix auquel les choses seront vendues seront en dessous du prix conseillé et ne sera pas appliqué* »<sup>616</sup>. Cependant, l'entreprise va perdre son influence alors que les prix conseillés ne sont pas interdits. Ce qui est illégal est de s'interposer pour faire ce prix, et le programme de compliance doit assurer à l'entreprise de ne pas adopter ce comportement. Toutefois, il ne doit pas être trop restrictif. Sur la même thématique, Joseph Vogel explique qu'il ne faut pas abuser des procédures utilisées en prenant l'exemple des *mock dawn raid*, c'est-à-dire les audits fictifs de concurrence. L'excès serait de la faire durer et de ne pas avertir les employés qu'il s'agit d'un exercice car la compliance sera ensuite rejetée. Le professeur d'économie Christian Montet explique qu'au delà d'un certain seuil de sur-conformité, le programme deviendra négatif pour l'entreprise au regard de sa tactique d'évolution sur le marché<sup>617</sup>. Les entreprises ne doivent donc pas tomber dans la démarche bureaucratique ou l'excès de compliance.

À l'inverse, l'entreprise ne doit pas se contenter d'adopter des programmes de compliance « *cosmétique* »<sup>618</sup>. Björn FASTERLING, professeur de droit et d'éthique des affaires, explique en effet qu'il existe un risque d'instrumentalisation par certaines entreprises qui n'appliqueraient pas certains points de leur programme tout en affichant se conformer et avoir des valeurs éthiques<sup>619</sup>. Les entreprises pourraient y voir un gain en terme d'image et de réputation. Christophe ROQUILLY indique que « *cette conformité de façade sera d'autant plus favorisée que les moyens de vérifier le contenu des déclarations rédigées par les entreprises seront faibles ou onéreux* »<sup>620</sup>. En outre, ce phénomène

---

615 BusinessEurope, *op. cit.*, p. 21.

616 VOGEL (J.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*, 25 min 56.

617 LEMAIRE (C.), « Comment le droit de la concurrence appréhende-t-il la compliance ? Débat », *op. cit.*, p. 70.

618 KRAWIEC (K. D.), « Cosmetic compliance and the Failure of Negotiated Governance », *Wash U.L.Q.* 2003, n° 81, p. 487 : cité dans RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 244.

619 ROQUILLY (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *op. cit.*, p. 19.

620 *Ibid.*

est renforcé quand on sait que, de toute manière, les programmes de compliance ne sont pas dénués de tout risque, que l'entreprise peut être amenée à découvrir, ou adopter plus tard, un comportement anticoncurrentiel et donc, *a fortiori*, risquer une sanction. Certains auteurs évoquent donc que les entreprises doivent avoir un réel avantage en contrepartie d'adopter de manière effective ces comportements *compliant*s. Cela rejoint le débat sur l'atténuation des sanctions évoqué dans la première partie.

Par ailleurs, pour être effectif, le programme de compliance ne doit pas être vu par les salariés comme une contrainte. Ces derniers doivent se sentir concernés par le programme et non surveillés en permanence et accusés d'infractions. Pour ce faire, l'entreprise doit leur mettre en avant qu'il s'agit avant tout de respecter la loi en défendant les intérêts de l'entreprise en sensibilisant à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Un moyen pour éviter cette sur-conformité ou, à l'inverse, le cosmétique, est la surveillance régulière du programme de compliance. L'objectif étant toujours la détection des infractions anticoncurrentielles.

## **B- La nécessaire surveillance et évaluation du programme de compliance**

Le programme de compliance étant un engagement permanent, il est nécessaire de maintenir son efficacité dans le temps. Sa mise en œuvre doit être régulièrement évaluée et actualisée au regard des nouveaux enjeux qui apparaîtraient comme, par exemple, un nouveau partenariat. Il s'agit de faire en sorte que le programme de compliance ne perde pas de sa pertinence avec le temps.

Pour ce faire, l'audit en constitue l'élément privilégié. Une bonne pratique consiste à renouveler les auditeurs assez régulièrement. Gonzales, Schmid et Yermack ont démontré que les entreprises participantes à un cartel ont tendance à conserver toujours les mêmes auditeurs<sup>621</sup>. L'audit peut être couplé avec la technique du ciblage consistant « à effectuer une analyse statistique par ordinateur »<sup>622</sup>. Joseph Murphy explique que, de cette manière, des « caractéristiques inhabituelles en termes de concurrence »<sup>623</sup> peuvent être détectées comme des marges trop importantes ou encore des parts de marchés étrangement basses, alors que, sans, elles ne le seraient pas. Il explique que cette technique qui n'est pas très connue des entreprises, en tout cas en 2011, « ne permet pas, à elle

---

621 COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), *op. cit.*, p. 105.

622 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 300.

623 *Ibid.*

*seule, de trouver suffisamment d'informations pour établir avec certitude qu'une infraction a été commise, mais, utilisée intelligemment, elle permet de mieux cibler les audits [...] afin qu'ils puissent être pratiqués à un coût avantageux »*<sup>624</sup>.

De plus, cette réactualisation du programme est nécessaire dans la mesure où les impératifs et l'environnement évoluent. Ainsi, pour reprendre l'exemple des prix imposés, l'Autorité de la concurrence en a une approche plus souple que l'ancien Conseil de la concurrence notamment avec sa décision Nintendo<sup>625</sup>. Dès lors, le programme de compliance a tout intérêt à prendre en compte cette modification d'appréciation. La veille juridique constitue donc également un instrument de la démarche de compliance.

En 2017, à l'occasion de l'adoption de la loi Sapin II, l'AFJE et ethicorp.org ont organisé une enquête nationale auprès de plus de 7 500 juristes d'entreprise qui a fait apparaître que 59 % d'entre eux appartiennent à une entreprise qui actualise sa cartographie tous les ans contre 18 % qui le font tous les deux ans et 8 % tous les cinq ans<sup>626</sup> (cartographie des risques qui ne concerne pas forcément les risques liés au droit de la concurrence).

Ce point rejoint la nécessité de bien adapter son programme de compliance aux risques rencontrés. Une première technique pour s'en assurer est le contrôle permanent du programme tel que décrit ci dessus, le *monitoring* pour reprendre l'expression anglo-saxonne. Christine Largarde, ministre de l'économie en 2008, a ainsi affirmé que « *le mécanisme d'appropriation et celui d'adaptation aux circonstances et à la culture de l'entreprise sont les deux fondamentaux du succès d'une politique de compliance* »<sup>627</sup>. Cela permet d'identifier des mesures avec un simple effet cosmétique et/ou pas assez efficaces. De plus, si un problème apparaît et qu'une enquête de concurrence a lieu, Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin expliquent qu'il pourra être démontré qu'il ne s'agit que d'un cas isolé et que des mesures appropriées sont établies au regard des risques concurrentiels<sup>628</sup>. Toutefois, Joseph Murphy a relevé qu'en droit de la concurrence « *les autres techniques courantes de mesure de la conformité et de l'éthique, comme les groupes de réflexion, les examens approfondis, les entretiens de sortie, etc. ne suscitent pas un grand*

---

624 *Ibid.*

625 ADLC, décision n° 15-D-18 du 1er décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéo.

626 DUMOURIER (A.), « Compliance : les entreprises ont un important travail à réaliser pour être en phase avec la nouvelle réglementation », *Le Monde du Droit*, 2017.

627 Cons. conc., Communiqué de presse, 15 septembre 2008 : *Le Conseil de la concurrence s'engage en faveur de la conformité*, 2008. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id\\_rub=255&id\\_article=969](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id_rub=255&id_article=969).

628 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 124.

*intérêt* »<sup>629</sup>.

Par ailleurs, il pourrait être utile que les autorités de régulation contrôlent le programme de compliance. Toutefois, la possibilité de faire certifier un programme auprès d'une autorité de concurrence n'est pas possible dans l'Union européenne. Ce refus s'explique par le fait que l'autorité ne pourrait plus apprécier l'efficacité d'un programme si elle le certifie. De plus, comme il a déjà été mentionné, ces programmes sont amenés à évoluer avec le temps. Le contenu d'un programme de compliance relève de la responsabilité des entreprises. Ainsi, la Commission européenne indique bien dans ses recommandations qu'elle « *peut fournir des informations utiles, mais elle n'avalisera aucun programme de conformité* »<sup>630</sup>. En revanche, au Brésil ou en Corée, lorsque le programme répond aux conditions décrites dans les lignes directrices en la matière et sous réserve de dévoiler ce qu'il contient, l'autorité peut remettre un certificat de conformité<sup>631</sup>.

Il pourrait également s'agir de mettre en place une procédure de rescrit afin que les entreprises puissent demander aux autorités si, en adoptant tel comportement, celui-ci sera conforme ou non.

Pour ce qui concerne la France, Frédéric Echenne, docteur en droit et expert sur les thématiques de compliance, note ainsi une différence avec les autorités telles que l'AMF, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ou encore l'AFA qui, dans d'autres domaines, opèrent des contrôles des démarches de compliance sur place ou sur pièces<sup>632</sup>. D'ailleurs, pour lui, l'AFA pourrait être amenée à examiner les programmes de compliance en droit de la concurrence en raison de la proximité entre corruption et entente illicite au sein des marchés publics.

Lorsque les autorités de concurrence sont amenées à juger un programme de compliance, le critère est celui de son efficacité. L'entreprise elle-même doit avoir pour critère l'efficacité de son programme, à défaut il n'aurait pas une très grande utilité. Pour cela, elle se doit de surveiller que son programme est toujours adapté aux risques qu'elle peut rencontrer. En tout état de cause, il ressort que ces programmes deviennent incontournables pour les entreprises.

---

629 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 296.

630 Commission UE, *Compliance matters, What companies can do better to respect EU competition rules*, 2013, p. 19.

631 ICC, *Promoting antitrust compliance : the various approaches of national antitrust authorities*, *op. cit.*, p. 1. ; CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 12.

632 ECHENNE (F.), « Concurrence et compliance : vers une responsabilisation des entreprises », *Village de la justice*, 2017, <https://www.village-justice.com/articles/concurrence-compliance-vers-une-responsabilisation-des-entreprises,26655.html#F8cHjGXo56bd31Hl.99>.

## § 2 - L'obligation implicite de l'adoption des programmes de compliance en droit de la concurrence

Plusieurs éléments vont dans le sens d'une obligation croissante d'adopter un programme de compliance en droit de la concurrence. Certes ces obligations de compliance ne pèsent pas (pas encore ?) expressément en droit de la concurrence. En revanche, il faut noter que certaines entreprises, peu importe leurs activités, ont l'obligation d'adopter un programme de conformité. C'est notamment le cas de celles qui sont cotées en application de la loi de sécurité financière. Ainsi, en fonction des risques qu'encourent ces entreprises, il paraît judicieux de les élargir à cette thématique. Or, le droit de la concurrence concerne toutes les entreprises. Il est davantage question d'une obligation implicite. C'est une impression générale et Eric Seassaud, directeur juridique éthique et compliance chez Engie en 2017 évoque que les démarches de compliance font parties de l'« *évolution naturelle* »<sup>633</sup> de la gouvernance d'entreprise. On peut ajouter le fait que les sociétés n'ayant pas adopté cette démarche ne se verront pas octroyer de prêts par la Banque mondiale<sup>634</sup>. De plus, désormais, on trouve des « *clauses déclaratives de compliance* »<sup>635</sup> dans un certain nombre de contrats. Tout ceci participe à l'affirmation de Bandine Cordier-Palasse : « *la compliance n'est pas une option* »<sup>636</sup>.

Par ailleurs, en conseillant vivement aux entreprises des programmes de compliance dans leurs lignes directrices, la Commission européenne et les différentes ANC montrent que ce sont des comportements qui sont attendus et donc, par suite, qui deviennent obligatoires. Il suffit de rappeler que l'ADLC considère ces programmes comme étant inhérents à la gestion d'une société. Il s'agit de mettre en œuvre un principe de précaution chez les opérateurs économiques : les entreprises, quelles que soient leurs tailles, ne peuvent plus faire comme si elles étaient protégées des sanctions. Dès lors, pour Antoinette Gutierrez-Crespin, les entreprises ne devraient plus se poser la question de mettre en place ou non une politique de compliance. L'enjeu, pour elles, désormais devrait être de se poser la question de savoir si leur démarche est efficace<sup>637</sup>.

Par ailleurs, de nombreux professionnels se sont spécialisés pour appuyer les entreprises dans l'établissement de leur programme de compliance dans toutes les branches du droit. C'est ce qui fait

---

633 ANDIE (C.), « Entreprise : le rôle du juriste en matière de compliance et d'éthique », *Experts de l'entreprise*, 2017, <http://www.expertsdelentreprise.com/Entreprise-le-role-du-juriste-en-matiere-de-complainte-et-d-ethique>.

634 CORDIER-PALASSE (B.), « Risque d'image, risque majeur », *op. cit.*, p. 5.

635 LANCRI (M.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 2/5*, *op. cit.*, 57 min 22.

636 CORDIER-PALASSE (B.), « Risque d'image, risque majeur », *loc. cit.*

637 GUTIEREZ-CRESPIN (A.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, *op. cit.*

dire à Marie-Anne Frison-Roche que « *les entreprises savent alors qu'elles sont véritablement « condamnées » à la compliance* »<sup>638</sup>. Il s'agit d'un outil à disposition des entreprises leur permettant de s'acquitter de leur devoir d'anticipation. Ces processus de compliance prennent de plus en plus d'ampleur à tel point qu'être en conformité « naturellement », c'est-à-dire sans programme, devient presque suspect et peut être interprété comme cachant quelque chose. Certains professeurs évoquent même que s'abstenir d'adopter un programme de compliance pour une entreprise pourrait faire l'objet d'une sanction<sup>639</sup>, ce qui pourrait être le cas s'agissant des règles de concurrence.

Quoi qu'il en soit, il est du devoir des entreprises et d'autres organisations d'anticiper et de stopper les violations aux règles de concurrence, et quel autre moyen pour s'en acquitter que d'adopter un programme de compliance. Il y a sûrement des avancées à faire dans les législations mais c'est un moyen efficace et qui devient une réalité au sein des organisations potentiellement concernées par le droit de la concurrence. La création d'un droit de la compliance, ou tout du moins de lois relatives à la compliance au droit de la concurrence permettrait de mieux sécuriser juridiquement la situation des entreprises notamment au vu des pratiques différentes des autorités de concurrence en la matière, mais également toutes les entreprises seraient ainsi encouragées à adopter ces programmes en sachant sur quelles exigences se baser. Comme le précise Stéphan Maracorda, établir des règles de compliance permettrait de ne pas laisser les entreprises totalement indépendantes sur le plan normatif pour mettre en œuvre ces programmes, surtout s'ils ne sont pas contrôlés a priori.

Les programmes de compliance étant obligatoires pour toutes les entreprises, il convient de déterminer ce que représente cet outil sur le plan juridique pour les entreprises et ses conséquences sur le droit de la concurrence.

### **§ 3- La possible valeur juridique du programme de compliance**

L'avocat Nicolas Bouffier fait remarquer que les chartes et codes de bonnes conduites que peuvent mettre en place les entreprises ne sont réglementés par aucune disposition légale. Se pose donc la question délicate de leur valeur juridique et plus largement de celle des programmes de compliance. Pour ce qui est de la France, en 2008, une circulaire avait relevé que « *leur contenu, leur énoncé et leur portée restent très divers* » et « *peuvent varier entre des déclarations à*

---

638 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 33.

639 ROQUILLY (C.), HENKY (P.), JEUNEUX (C.), PRIMOT (M.), SCHAEFFER (P.), TRUQUIN (J-A.), *op. cit.*

*connotation morale et peu contraignantes et une réglementation précise (...) »<sup>640</sup>.*

Une fois adopté, le programme de compliance s'impose à l'entreprise. Il vient compléter les règles générales du droit de la concurrence, tout comme les recommandations des autorités de régulation. Il s'agit donc d'une forme de double précision des règles afin que celles-ci soient bien respectées par l'entreprise. Les entreprises elles-mêmes sont ainsi co-productrices, voire productrices, de règles juridiques<sup>641</sup>. En ce sens, Luc-Marie Augagneur affirme à propos des programmes de compliance, et de la compliance plus généralement, qu'ils se révèlent être « *une façon de faire du droit* »<sup>642</sup>. Effectivement, par son contenu, le programme de compliance est semblable à une règle de droit pour l'opérateur économique l'ayant mis en place. Toutefois, étant propre à chaque entreprise, le programme de compliance ne peut être assimilé à une règle de droit générale et impersonnelle.

Afin d'essayer d'établir sa valeur juridique, il convient ici de reprendre les trois critères cumulatifs d'une règle de droit souple établis par le Conseil d'État<sup>643</sup>. Premièrement, l'objet de la règle doit être d'orienter ou de modifier le comportement de ses destinataires. Deuxièmement, elle ne doit pas créer par elle-même des droits ou des obligations à l'égard de ces derniers. Troisièmement, cette règle doit présenter un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente aux règles de droit. Il est possible de considérer que ce programme de compliance ne correspond pas à la définition d'une règle de droit souple car il crée des obligations pour les employés. En revanche, il ne peut pas s'agir d'une règle de droit dur car n'étant pas rendu obligatoire par l'État et sanctionnée par lui. Il reste que c'est un droit, une norme créée par l'entreprise elle-même. À ce titre, le Conseil d'État a considéré qu'il existe une « *échelle de normativité graduée entre le droit souple et le droit dur* »<sup>644</sup>. De cette façon, les programmes de compliance font partie des « *instruments qui emportent une présomption de conformité au droit dur* »<sup>645</sup>. En ce sens, les programmes de compliance constituent des normes internes de *soft law* à l'entreprise qui se manifestent par des règles spécifiques, des normes professionnelles applicables à l'ensemble de l'entreprise, voire même de ses filiales, telles que les chartes éthiques ou les codes de bonnes conduites.

---

640 Circulaire CGT n° 2008/22, 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

641 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 91.

642 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 32.

643 CE, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, La Documentation française, p. 9.

644 *Ibid.*

645 *Ibid.*

Plus généralement, cela démontre l'évolution du rôle des acteurs du marché. Certains vont même jusqu'à évoquer la « *fonction de législateur interne* »<sup>646</sup>. Didier Danet, maître de conférence en droit, évoque que « *la compliance est affaire de conformisme, voire de complaisance, d'obséquiosité ou de complicité, autant que de conformité* »<sup>647</sup>. Un auteur fait remarquer que « *c'est un mot charmant qui commence par complication et qui finit par allégeance. [...] les bons dictionnaires définissent [la conformité] comme une soumission à un ordre supérieur* »<sup>648</sup>.

Toutefois, une autre question qui peut faire débat est celle de la juridicité de ces règles<sup>649</sup>. Rappelons qu'il n'existe pas, tout du moins pas encore, de droit de la compliance<sup>650</sup>. Le fait que les entreprises choisissent de se conformer à des règles qu'elles ont elles-mêmes établies a été critiqué. La critique concerne plus généralement les normes de *soft law* comme mentionné dans la première partie. Le programme de compliance en droit de la concurrence pourrait ainsi davantage correspondre à la définition de la coutume, c'est-à-dire une « *norme de Droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit mais d'origine non étatique que la collectivité a fait sienne par habitude dans la conviction de son caractère obligatoire* »<sup>651</sup>. Pour Jean-Yves Trochon, il est question d'une promesse unilatérale au sein de l'entreprise<sup>652</sup>.

Les différents programmes de compliance que les entreprises peuvent mettre en place n'ont même pas tous la même valeur juridique. On peut considérer que ce qui précède vaut pour les programmes de compliance adoptés de manière volontaire et préventive. En revanche, un programme de compliance adopté à la suite d'une enquête de concurrence « *présente un degré de contrainte absolu, sans doute plus fort que celui de la loi* »<sup>653</sup>. Dans les deux cas, il est question pour l'entreprise de « *se soumettre au droit, mais pour lui plaire, l'amadouer* »<sup>654</sup>. Pour reprendre l'étymologie du terme compliance, Luc-Marie Augagneur précise que, bien que le terme de compliance soit anglais, il provient du vieux français *complir* qui donne *complaître*. Ainsi, la compliance a pour fonction d'apprivoiser, d'amadouer l'autorité de régulation. Pour se faire, les

---

646 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, *op. cit.*, p. 244.

647 DANET (D.), « Misère de la corporate governance », *RIDE*, 2008, n° 44, p. 411.

648 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 69. : cite ROUGER (M.), « Respect du droit national ou soumission à la régulation mondiale ? », *Les Echos*, 2005.

649 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 115.

650 FRISON-ROCHE (M-A.), « Le Droit de la compliance », *op. cit.*

651 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, 10<sup>e</sup> éd., p. 283.

652 TROCHON (J-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *op. cit.*, p. 673.

653 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *loc. cit.*

654 *Ibid.*

démarches de l'entreprise se doivent d'être les plus crédibles et persuasives possibles. Mais, en même temps, nous savons qu'il s'agit également d'un outil utilisé par les autorités de régulation à leur avantage.

Cependant, la conséquence est que la règle de droit n'est plus uniforme car elle est individualisée au sein des entreprises qui mettent en place des programmes de compliance différents. Le principe de l'égalité devant la loi est ainsi altéré. Philippe Ingall-Montagnier montre que « *la compliance serait source d'un « droit éclaté » et d'un système incertain [...] mais également de ce que l'on pourrait appeler « law manufacturing »* »<sup>655</sup>. Néanmoins, cela n'est pas de nature à créer des distorsions entre les entreprises, du moins entre celles mettant en place un programme de compliance efficace. En effet, elles poursuivent le même objectif d'avoir une démarche dynamique dans le respect des règles de libre concurrence. Ce qui, *a priori*, met à mal les règles de droit générales et impersonnelles et permet, en réalité, de mieux se les approprier et les respecter.

Comme mentionné en introduction, la compliance touche de nombreux domaines du droit et tend à se développer de plus en plus. A ce titre, il faut noter que l'État lui-même a tendance à encourager le recours aux normes privées pour réguler les thématiques complexes et techniques. Dans certains cas, ce phénomène est même considéré comme plus effectif que l'intervention publique<sup>656</sup>. Luc-Marie Augagneur affirme que « *le processus d'une règle comprise et acceptée est un facteur d'effectivité de la norme* »<sup>657</sup>. L'avocat et professeur Philippe Ingall-Montagnier relève que « *par nature, les « règles » de compliance seraient plus pertinentes que les normes juridiques, parce que plus ciblées et plus adaptées à leur objet et à leurs destinataires* »<sup>658</sup>.

Pour ce qui est des programmes de compliance en droit de la concurrence, il est possible de dire qu'ils sont plus efficaces que ces guides venant des autorités de concurrence étant donné qu'ils sont obligatoires pour les entreprises l'ayant mis en place. Cependant, le raisonnement à avoir ici repose sur la complémentarité entre toutes ces normes qui se situent, pour reprendre l'expression du Conseil d'État, sur une échelle de normativité graduée. En résumé, en premier lieu, les règles de concurrence au niveau national et au niveau de l'Union européenne sont générales et complexes. En deuxième lieu, les autorités de concurrence explicitent ces normes au bénéfice des entreprises tout en les encourageant à mettre en place des dispositifs internes pour mieux appréhender les règles *antitrust* en leur sein. En dernier lieu, les entreprises concrétisent ces explications au sein de

655 INGALL-MONTAGNIER (P.), « La compliance entre extra-judiciaire et émergence du juge », in BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *op. cit.*, p. 150.

656 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 92.

657 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 34.

658 INGALL-MONTAGNIER (P.), « La compliance entre extra-judiciaire et émergence du juge », *loc. cit.*

programmes de compliance. Celui-ci est un outil pour l'entreprise lui permettant de cibler et de rendre plus compréhensive la norme juridique générale en l'adaptant au contexte de l'entreprise. Cette dernière a donc plus de chance de la respecter. Les programmes de compliance ne devant pas se résumer au simple rappel des règles mais réellement apporter une valeur ajoutée et s'inscrire dans une démarche de compliance.

Tout cela amène à l'affirmation selon laquelle les règles traditionnelles méritent effectivement « *d'être complétées par un recours plus large aux [...] instruments que sont la soft law et la compliance* »<sup>659</sup>, c'est-à-dire, d'une part, les encouragements des autorités de concurrence et, d'autre part, les programmes de compliance des entreprises.

En tout état de cause, le processus de compliance est une façon de faire du droit, de le respecter mais on perçoit qu'il dépasse les exigences strictement juridiques du droit : en prévenant les risques concurrentiels, l'entreprise cherche à préserver son image et sa réputation. Comme l'affirme Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, dès lors qu'il est question de modifier les valeurs et la culture des entreprises, « *la compliance embrasse un périmètre bien plus large* »<sup>660</sup> que le respect des réglementations. Jean-Claude Najjar, avocat associé, explique que les enjeux relatifs à l'éthique des affaires et à la compliance sont « *un véritable challenge business* »<sup>661</sup>. Cela s'explique pour la professeure Béatrice Parance par le fait que « *le droit moderne fondé au lendemain de la Révolution française était pensé sur un schéma binaire entre ce qui est obligatoire et caractérise le droit, et ce qui ne l'est pas et tombe dans le non droit* »<sup>662</sup>. La compliance renouvelle cette distinction. La gouvernance des entreprises fait ainsi l'objet de plus en plus d'encadrement. Ainsi, Ayed Wafa affirme que la compliance vise la capacité de l'entreprise à « *mettre en place des processus qui visent à assurer une bonne gouvernance dans son enceinte* »<sup>663</sup> mais également à l'égard de ces fournisseurs, clients, distributeurs, etc.

Malgré certaines difficultés pour les entreprises, les autorités de concurrence encouragent les entreprises à la compliance car cela présente de nombreux avantages. Elles doivent le percevoir comme un investissement sur le long terme qui, de toute façon et au vu du développement du

---

659 COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *op. cit.*, pt. 72.

660 MARIN (J-C.), *Colloque « la compliance »*, Cour de cassation, 2017, p. 2, [https://www.courdecassation.fr/IMG/Colloqu\\_compliance\\_JC\\_Marin.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Colloqu_compliance_JC_Marin.pdf).

661 NAJJAR (J-C.), *Colloque du 10 juin 2014 « Ethique, compliance et maîtrise des risques : enjeux et nouveaux défis »*, [https://www.youtube.com/watch?v=K\\_wQryuWVwQ](https://www.youtube.com/watch?v=K_wQryuWVwQ), 1min 35.

662 PARANCE (B.), « Une illustration d'une démarche de compliance en droit de la concurrence le cas Michelin devant le Point de contact national France », *op. cit.*, p. 96.

663 AYED (W.), « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *op. cit.*, p. 190.

« phénomène compliance » qui se développe, est une obligation pour apparaître comme un acteur du marché responsable. Les entreprises deviennent le relais de la régulation concurrentielle par l'établissement de ces règles internes. C'est pourquoi, les autorités de concurrence insistent sur la diffusion de la culture de concurrence, objectif plus large que la prévention des infractions au droit de la concurrence.

## **Chapitre 2 - Une discutable culture de la concurrence permettant l'effectivité du droit de la concurrence**

Avant d'aborder l'implantation souhaitée d'une culture de la concurrence (Section II), il convient de déterminer si la compliance est une révolution ou si elle s'inscrit dans le prolongement d'un processus déjà engagé (Section I).

### **Section I – La culture de la concurrence par la compliance au droit de la concurrence : une évolution des pratiques commerciales**

Au travers du programme de compliance, l'entreprise poursuit des valeurs qui dépassent ses seuls intérêts économiques (§1). L'objectif est *in fine* la création d'une culture de concurrence au sein des entreprises (§2).

#### **§ 1 - La compliance au droit de la concurrence : le renforcement des valeurs moralisatrices des affaires**

La compliance se situe dans le prolongement des phénomènes de responsabilité sociale des entreprises et de l'éthique (A). C'est donc une évolution (B) qui n'est toutefois pas exempte de dérives (C).

##### **A- Une logique complémentaire de la responsabilité sociale des entreprises et de l'éthique des affaires**

Ces démarches de compliance au droit de la concurrence constituent la continuité des exigences d'éthiques et de responsabilité sociale des entreprises (RSE), c'est-à-dire ce « *mouvement de moralisation des affaires [...] fruit de la mondialisation* »<sup>664</sup>. Pour rappel, la RSE s'établit, selon l'Organisation internationale de normalisation, autour de sept thèmes : les droits de l'homme, l'environnement, les relations et les conditions de travail, la gouvernance de l'organisation, les

---

664 DRAI (E.), « Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeur », *LPA*, 2008, n° 54, p. 4.

bonnes pratiques dans les affaires, les questions relatives aux consommateurs et l'engagement sociétal<sup>665</sup>. La Commission européenne a, en 2011, publié une communication sur la stratégie de l'Union européenne sur la RSE pour la période 2011-2014 dans laquelle elle définit la RSE comme « *un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* »<sup>666</sup>. Elle reconnaît qu'en contrepartie des engagements financiers, la RSE implique la compétitivité durable des entreprises en contrepartie des engagements financiers. Michel Doucin, qui était à l'époque ambassadeur français chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, a affirmé que « *les autorités européennes voient désormais la RSE comme une réponse à la crise et comme un outil de régulation des entreprises* »<sup>667</sup>. Le lien avec la compliance est évident : ces deux phénomènes ont le même objectif et reposent, selon Jean-Yves Trochon, sur « *l'engagement du monde des affaires de conduire ses affaires de manière responsable, notamment par la souscription d'engagements volontaires* »<sup>668</sup>. Jean-Bernard Auby explique que la compliance, comme la RSE et la corporate gouvernance, « *installe au sein du fonctionnement de l'entreprise l'écho des règles étatiques, de manière à limiter le risque de se placer dans une position qui apparaîtrait comme les violant* »<sup>669</sup>.

La RSE entretient également des liens forts avec l'éthique des affaires. En effet, l'éthique peut être définie, selon le dictionnaire de vocabulaire juridique de Gérard Cornu, comme un « *ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques* »<sup>670</sup>. De nombreux auteurs évoquent la dimension éthique de la compliance car les risques que peut rencontrer l'entreprise sont juridiques mais aussi éthiques<sup>671</sup>. À ce titre, il est intéressant de relever que les *Federal Sentencing Guidelines* ont fait l'objet d'une révision en 2004 afin qu'apparaissent systématiquement la notion « *effective compliance and ethics program* »<sup>672</sup>. Selon Anne Riley, le programme de compliance doit amener les salariés de l'entreprise à adhérer à

665 Norme ISO 26000 : 2010, établie par l'Organisation internationale de normalisation.

666 Commission UE, communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Bruxelles, 25 octobre 2011, COM(2011) 681 final, p. 4.

667 SMEE (V.), « La Commission européenne publie sa nouvelle stratégie sur la RSE », interview de Michel Doucin, *Novethic*, 2011, <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/la-commission-europeenne-publie-sa-nouvelle-strategie-sur-la-rse-135805.html>.

668 TROCHON (J.-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *op. cit.*, p. 3.

669 AUBY (J.-L.), « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », *op. cit.*, p. 104.

670 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, 10<sup>e</sup> éd., p. 421.

671 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 108.

672 COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *op. cit.*, p. 107.

un comportement éthique de marché concurrentiel<sup>673</sup>.

Les praticiens comme Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin relèvent que « *l'éthique et la compliance vont de pair, tout en restant distinguées dans l'organigramme de l'entreprise* »<sup>674</sup>. Ces derniers, dans un article recensant les bonnes pratiques en matière de compliance, relèvent celle qui consiste à associer et à combiner compliance et éthique. Par le référencement de la façon dont l'entreprise doit se conduire, la compliance au droit de la concurrence est liée à l'éthique des affaires.

Historiquement, l'éthique est apparue avant la compliance, au sein des entreprises françaises en tout cas. Dès lors, la compliance en constitue également le prolongement logique. Elles deviennent toutes deux des éléments de politique interne à part entière au sein de l'entreprise. En effet, des auteurs expliquent que « *l'irruption de la justice américaine dans la répression des entreprises françaises a [...] conduit les entreprises à envisager les problèmes en termes de conformité au droit autant que d'éthique* »<sup>675</sup> car le niveau de risque a augmenté. Marie-Anne Frison-Roche, qui a beaucoup écrit sur cette thématique de la compliance, affirme qu'« *il ne s'agit plus seulement d'ambitions économiques, mais aussi d'ambitions éthiques* »<sup>676</sup>. Lorsqu'elle prend des décisions, l'entreprise se doit donc d'adopter des pratiques concurrentielles éthiques, ce que les programmes de compliance permettent, en principe, de faire systématiquement.

La CNUCED insiste sur le fait que, plus que de sensibiliser au droit de la concurrence, ces programmes doivent inculquer une culture organisationnelle au sein de l'entreprise, en particulier en matière éthique. En effet, selon elle, « *une culture éthique bien enracinée contribue grandement à favoriser et à renforcer le respect du droit de la concurrence car elle guide les décisions des salariés et les aide à faire le bon choix* »<sup>677</sup>. À défaut, les programmes pourraient rester lettre morte. Nous reviendrons sur cette notion de culture dans la partie suivante.

L'éthique renvoie à la conscience de la personne de ce qui est juste, au delà de la « simple » observance des règles. Comme la compliance, il s'agit d'une démarche proactive internalisant les règles générales que sont l'interdiction des abus de positions dominantes et des ententes illégales en les mettant au profit de la libre concurrence afin de bâtir la crédibilité de l'entreprise. Il y a de nombreux enjeux aujourd'hui à être vue comme une entreprise éthique par le biais de ces

---

673 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 376.

674 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *loc. cit.*

675 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 113.

676 FRISON-ROCHE (M-A.), « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », *op. cit.*, p. 8.

677 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 18.

mécanismes de compliance. C'est ainsi que de nombreux programmes de compliance au droit de la concurrence comportent des chartes éthiques. Cependant, il faut noter que certaines proclamations de bonnes intentions éthiques - comme « *nous nous efforçons de prospérer équitablement et honorablement* »<sup>678</sup> - n'engagent en réalité à rien affirme le professeur de droit Vincent Rebeyrol. Selon lui, la charte constitue « *un outil privilégié de diffusion d'une véritable « culture de compliance* » » en ce qu'elle permet aux salariés de l'entreprise de connaître les règles applicables en matière de concurrence, et de montrer que ce n'est pas seulement l'affaire des juristes d'entreprise mais de tous. Il s'agit pour les entreprises, comme le résume les professeurs Xavier Boucobza et Yves-Marie Serinet, de « *promouvoir une démarche de « sûreté éthique » et de « management des risques » qui s'inscrit dans une politique globale de compliance et d'affirmation de leur responsabilité sociétale* »<sup>679</sup>. En tout état de cause, les acteurs du marché ont transformé leur façon d'appliquer le droit de la concurrence.

Cette continuité entre la RSE, l'éthique et la compliance a été nécessaire car M. DeClerq affirme que « *si les valeurs existent, mais que l'on n'œuvre pas à la conformité, leur pérennité est compromise* »<sup>680</sup>.

## **B- Une évolution logique**

La compliance n'est donc pas une révolution au sens d'un changement brusque et violent. Tout au plus elle peut constituer une révolution au sens qu'en donne le dictionnaire de vocabulaire juridique de Gérard Cornu : « *parfois pris dans le sens de tout changement important dans les structures sociales, le régime économique, etc.* »<sup>681</sup>. Il s'agit plus fondamentalement d'un changement qui est le résultat d'une évolution enclenchée par la RSE et l'éthique. Ces évolutions s'expliquent par le fait que les exigences en matière de gouvernance d'entreprise ont évolué. La logique managériale des entreprises conduit, selon François Souty directeur départemental de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, « *les opérateurs [à] s'approprier eux-mêmes ce droit [de la concurrence] tant dans leur intérêt que celui de la dynamique des marchés* »<sup>682</sup>. Jean-Yves Trochon considère la compliance comme étant « *un*

---

678 REBEYROL (V.), « La compliance : le rôle de la charte éthique », *op. cit.*, p. 119.

679 BOUCOBZA (X..) et SERINET (Y-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, n° 28, p. 1619, pt. 2.

680 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 367

681 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, 10<sup>e</sup> éd., p. 930.

682 SOUTY (F.), « Entreprises, concurrence, conformité : définition empirique de la compliance », *Lamy de la concurrence*, 2016, n° 55.

*pilier essentiel de la gouvernance des entreprises* »<sup>683</sup>, au même titre que la transparence et l'éthique des affaires qui ont pris une place croissante ces dernières années. Ce sont autant de prétentions et de valeurs qui se recoupent et qui poussent les entreprises à s'auto-réguler. C'est pourquoi, progressivement, le renforcement de ces valeurs a entraîné une implication juridique.

Les consommateurs n'y sont pas pour rien dans ces évolutions. En effet, suite aux scandales que nous avons déjà pu évoquer, ces derniers attendent des entreprises qu'elles se montrent responsables dans leurs pratiques commerciales. Ainsi, Christophe Roquilly explique ce mouvement par un effet générationnel en ces termes : « *La génération « globale » qui succède à la génération Y est [...] plus attentive aux questions éthiques, demande plus de transparence, et a été bercée par un certain nombre de scandales impliquant des entreprises (fraude, corruption, etc.)* »<sup>684</sup>. Pascale Idoux évoque « *une réponse à un contexte nouveau* »<sup>685</sup> où la déontologie, l'éthique des affaires, la responsabilisation, le contrôle des entreprises ainsi que la *soft law* ont pris une ampleur croissante dans la vie des entreprises. Ce sont des exigences qui sont de plus en plus attendues de la part des citoyens. En effet, Jean-Christophe Roda relève, que la notion de compliance « *se caractérise par la prise de conscience de la part des entreprises et de leurs salariés que certains comportements ne peuvent plus être tolérés* »<sup>686</sup>. Ces processus internes à l'entreprise permettent, comme l'indique Blandine Cordier-Palasse de « *responsabiliser les hommes, donner du sens à leur action, les informer des risques auxquels ils sont exposés dans leurs fonctions* »<sup>687</sup>. Plus particulièrement, les programmes de compliance en droit de la concurrence protègent *in fine* les consommateurs car ils évitent aux entreprises d'adopter des pratiques anticoncurrentielles reconnues comme nuisibles pour les citoyens. Cela contribue inévitablement à renforcer l'image de l'entreprise. C'est pour cette raison que des entreprises n'hésitent pas à le mettre en avant sur leur site internet notamment.

Ce phénomène de la compliance s'inscrit dans celui de la prise en compte du droit en tant qu'outil stratégique<sup>688</sup>, c'est-à-dire qu'elle constitue « *un ensemble de règles techniques ayant pour but de sécuriser les projets des personnes* »<sup>689</sup>. En effet, le rôle des juristes dans l'entreprise est de plus en plus important depuis près de 20 ans. C'est à cette période qu'il est possible de situer l'intérêt

---

683 TROCHON (J-Y.), « La conformité : un outil pour prévenir le risque et renforcer l'entreprise », *op. cit.*, pt. 1.

684 WATIN-AUGOUARD (J.), « Profession reportée de conformité », Entretien avec Christophe Roquilly, *in* PANQUIAULT (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 6.

685 IDOUX (P.), « Après la régulation, la *compliance* ? », *op. cit.*

686 RODA (J-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 238.

687 WATIN-AUGOUARD (J.), « Risque d'image, risque majeur », *op. cit.*, p. 4.

688 TOURY (L.), « Table ronde n° 1 Le droit : un secteur stratégique ? », *Lamy des Affaires*, 2008, n° 32.

689 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 35.

marqué pour la compliance. Un juriste a ainsi affirmé : « nous avons fait de la conformité comme M. Jourdain faisait de la prose et nous avons été à l'origine de la prise de conscience par les dirigeants de l'intérêt d'une politique de conformité »<sup>690</sup>. De même, en 2009, François Garnier se réjouissait du fait que « aujourd'hui, le directeur juridique a la capacité d'avoir son domaine au cœur des préoccupations stratégiques de l'entreprise »<sup>691</sup>. C'est particulièrement notable dans le respect du droit de la libre concurrence qui assure aux entreprises *compliantes* de faire durer leurs activités sur le long terme.

Compte tenu de tout ce qui précède, Antoine Gaudemet affirme que la compliance « porte en germe une transformation de notre rapport à l'entreprise et au droit »<sup>692</sup> qui s'explique notamment par cette volonté d'efficacité économique dans une économie mondialisée. Ce sont des évolutions considérables au sein des entreprises. Un compliance officer explique ainsi qu'« aujourd'hui on entend parler de compliance au restaurant d'entreprise. Il y a quelques années, le mot "fraude" [ou autres mots rattaché à de potentielles sanctions économiques] était un gros mot »<sup>693</sup>. Il est important de le relever car un changement de culture nécessite du temps, surtout quand dans notre cas, la culture passe du secret à la « transparence ». Les guillemets sont ici volontaires car la compliance implique en réalité que de nombreuses choses soient gérés en internes.

La véritable révolution pour Xavier Hubert est plus large que la seule compliance au droit de la concurrence. Elle concerne la compliance prise dans son ensemble des divers domaines où elle s'applique (loi transparence, discrimination, environnement, règlement général sur la protection des données personnelles, corruption, etc.) qui constitue ainsi « un ensemble qui va arriver sur les entreprises qui vont devoir systématiquement se justifier »<sup>694</sup> et s'orienter vers le *general counsel*.

Comme l'indique Marie-Anne Frison-Roche, la compliance « est un mouvement rationnel et justifié »<sup>695</sup> et non un tsunami imprévisible. Différentes notions sont imbriquées dans le mouvement de la compliance. C'est un mouvement d'ensemble au sein des entreprises, lesquelles tendent à respecter la loi mais aussi les valeurs et normes sociales qu'elles se sont fixées. Toutefois, ce mouvement n'est pas sans poser quelques interrogations.

---

690 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, op. cit.

691 Questions-réponses, op. cit.

692 GAUDEMET (A.), *Les Editions Panthéon-Assas présentent : « La compliance: un monde nouveau ? »*, 2016, 2 min 34, <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/diplome-duniversite-du/diplome-duniversite-responsable-conformite>.

693 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), op. cit., p. 111.

694 HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, 9 min 40.

695 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », op. cit., p. 27.

## C- Les possibles dérives de cette évolution

Les chartes éthiques comportent des risques concurrentiels auxquels les entreprises doivent faire attention. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'un code de déontologie d'une association de géologues fixant ces honoraires par référence à la dignité de la profession constitue « une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE qui peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »<sup>696</sup>. D'autres exemples intéressants où l'éthique s'est transformée en pratique concurrentielle déloyale ou trompeuse ont été donnés par deux affaires devant la Fair Trade Commission : *Music Teachers National Association*<sup>697</sup> et *California Association of Legal Support Professionals*<sup>698</sup>. Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié explique que, dans ces deux affaires, « deux associations professionnelles [...] avaient mis en œuvre, en leur sein, des codes d'éthique dont certaines dispositions restreignaient la liberté, pour leurs membres, de démarcher les clients de leurs concurrents [...], de se concurrencer par les prix au sein de l'association, de critiquer et de faire argument commercial des « mauvais points » des autres membres ou encore de tenter de recruter leur personnel sans les en avoir préalablement averti [...]. Les codes d'éthique de ces deux associations prévoyaient en outre chacun un mécanisme de résolution interne des litiges permettant de sanctionner la violation de ces dispositions. »<sup>699</sup>. La Fair Trade Commission a jugé ces dispositions illicites car restreignant la concurrence. En effet, cette avocate explique que cette notion d'éthique perd sa nature subjective car elle ne relève plus complètement de son auteur, l'entreprise. De la sorte, la notion d'éthique en entreprise est réduite par le droit de la concurrence américain, comme européen. Les autorités de concurrence influent sur son contenu et l'utilisent comme outil de diffusion de la compliance au sein des entreprises. Tel était le cas, en France, lorsqu'une entreprise proposait d'adopter un engagement en contrepartie d'une réduction d'amende. Dès lors, les entreprises ne sont en réalité pas totalement libres d'instaurer les valeurs qu'elles souhaitent se fixer comme mentionné auparavant.

Il est important de noter que ce genre de dispositions présentant des risques de restriction de la concurrence peut se trouver dans n'importe quel programme de compliance car les entreprises peuvent penser agir correctement dans leur intérêt. C'est la raison pour laquelle, pour éviter ces

---

696 CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-136/12, *Géologues Italiens*, Rec. numérique curia, ECLI:EU:C:2013:489.

697 FTC, 4 avril 2014, *Music Teachers National Association, Inc.*, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/131-0118/music-teachers-national-association-inc-matter>.

698 FTC, *California Association of Legal Support Professionals*, April 4, 2014,

<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/131-0205/california-association-legal-support-professionals-matter>.

699 DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « Le subjectivisme de l'éthique d'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2014, n° 39.

dérives, il faudrait que les programmes de compliance soient contrôlés et/ou certifiés par une autorité de concurrence avant que les entreprises ne les mettent en œuvre.

Par ailleurs, généralement, les entreprises ne disposent pas d'un *compliance officer* distinct d'un responsable éthique. Toutefois, une étude de PricewaterhouseCoopers (PwC) en 2016 a montré que les entreprises ont tendance à négliger l'éthique par rapport à leur programme de compliance : « *L'importance accordée par les entreprises aux enjeux éthiques semble avoir souffert de l'attention portée à la conformité [...] avec les règles* »<sup>700</sup>. Or, cette étude préconise que les programmes accordent le même poids aux sujets de compliance et d'éthique des pratiques commerciales. Dans le même ordre d'idée, Luc-Marie Augagneur affirme que « *l'éthique est souvent devenue une « étiquette » publicitaire, au point que la compliance pourrait céder à la tentation de se limiter à une valorisation marketing de la conformité ou de vagues déclarations d'intentions* »<sup>701</sup>. C'est ce que Blandine Cordier appelle la « *cosm'éthique* »<sup>702</sup>.

Finalement, on peut se demander si la compliance ne serait pas une simple mode qui va finir, sinon par passer, par avoir de moins en moins d'impact jusqu'à finir par n'impliquer que de simples messages d'affichage, un peu comme ce qui a pu se passer s'agissant de la RSE et de l'éthique.

Au delà de permettre à l'entreprise de prévenir les risques d'infraction en son sein, la compliance la place donc comme un acteur responsable socialement. Les programmes de compliance en droit de la concurrence sont donc nécessaires afin que les entreprises internalisent toutes ces valeurs liées à la morale des affaires. Comme l'affirme Catherine Prieto, il ne suffit pas d'avoir un cadre légal, il faut également que les acteurs du monde professionnel soient « *véritablement impliqués dans le processus concurrentiel et convaincus des bienfaits qu'ils retireront de la libre concurrence* »<sup>703</sup>. Cela passe par la création d'une culture de la concurrence.

---

700 PwC France, Points clés de l'étude 2016 sur la fonction conformité au sein de l'entreprise, 2016, <https://www.pwc.fr/fr/publications/gestion-des-risques-audit-interne-et-controle-interne/conformite/state-of-compliance-study/pilotage-programme-conformite.html>.

701 AUGAGNEUR (L.-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 35.

702 CORDIER (B.), « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Analyse financière*, 2016, n° 58, p. 80.

703 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *Droit 21*, 2002, ER 007, p. 13.

## § 2 - L'implantation d'une culture de la concurrence

De nombreux auteurs s'accordent à affirmer que les programmes de compliance ont pour ambition d'amener une culture de la concurrence (A). Son étude pourrait laisser apparaître que, malgré des différences culturelles pouvant exister entre le droit *antitrust* américain et le droit de la concurrence de l'Union européenne (B), cette culture est susceptible d'être commune au niveau mondial (C).

### A– La définition de la culture de concurrence

De nombreux articles, contributions, recommandations des autorités de concurrence mentionnent cette notion de culture de concurrence. Cependant, la grande majorité d'entre eux ne définissent pas ce qu'il faut entendre par cette expression. La formule a été employée pour la première fois par la Commission européenne au sein d'un livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté européenne en mai 1999<sup>704</sup>.

Tout d'abord, il faut s'accorder sur la définition de la culture, ce qui est assez compliqué car elle revêt plusieurs sens. Pour Catherine Prieto, « *culture n'est pas culte mais quête de sens et d'action [...ce qui est] particulièrement bienvenue pour la politique et le droit de la concurrence* »<sup>705</sup>. Dans le cadre de cet écrit, elle peut se définir comme un ensemble de connaissances dans un domaine spécifique. Plus précisément, au sein de l'entreprise, il s'agit d'un état d'esprit partagé autour du respect des règles du droit de la concurrence. Toutefois, cela n'est pas évident car Catherine Prieto relève que jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, « *la culture est longtemps restée affaire individuelle, par opposition à la portée collective du terme civilisation* »<sup>706</sup>.

Les programmes de compliance ont donc pour objectif d'instaurer une culture d'entreprise qui se définit comme un « *ensemble des traditions de structure et de savoir-faire qui assurent un code de comportement implicite et la cohésion à l'intérieur de l'entreprise* »<sup>707</sup>. Anne Riley et Margaret Bloom relèvent que la notion de culture d'entreprise est une notion multidimensionnelle<sup>708</sup> comprenant notamment des processus organisationnels construits autour de normes et valeurs d'entreprise comportementales. Ainsi, Marie-Anne Frison-Roche met en avant que la culture de

---

704 Commission CE, Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (ex articles 85 et 86 du traité CE), JOCE n° C 132 du 12 mai 1999.

705 PRIETO (C.), « La culture de concurrence : Une quête de sens et d'action », *in* BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 719.

706 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 4.

707 Définition « culture », Dictionnaire Larousse.

708 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 332.

concurrence est à la fois comportementale et procédurale<sup>709</sup>. Cette culture d'entreprise doit être tournée vers l'internalisation des règles du droit de la concurrence, d'où la culture de concurrence. À noter que, tout comme la compliance, cette culture d'entreprise est plus large que la culture juridique de l'entreprise.

Pour que les mécanismes de compliance soient efficaces, la culture d'entreprise doit être modifiée. Selon notamment Emmanuel Combe<sup>710</sup>, une culture de l'autorégulation est ainsi amenée par le biais de ces programmes. Afin d'instaurer cette culture de la concurrence, le programme doit permettre à l'entreprise de construire sa stratégie commerciale autour des règles de concurrence<sup>711</sup>. Luc-Marie Augagneur explique « *plus que de faire partager des « réflexes de concurrence », cette culture s'enracine dans « une certaine idée de la concurrence »* »<sup>712</sup>.

De plus, afin de devenir une culture, la conduite de la compliance doit être quotidienne, et non simplement ponctuelle. Ce sont des objectifs sur lesquels les autorités insistent car cela permettrait d'instaurer une confiance plus grande dans les règles du marché<sup>713</sup>. Christophe Lemaire évoque, à ce sujet, que « *s'investir dans la conformité en constitue naturellement une étape* »<sup>714</sup>. Pour ce faire, les participants d'une table ronde organisée par l'OCDE ont mis en avant que « *les entreprises et les autorités de la concurrence doivent travailler main dans la main pour parvenir à une compréhension partagée de ce à quoi pourrait ressembler un programme de conformité et pour promouvoir des attentes et l'acceptation que la conformité est nécessaire* »<sup>715</sup>. Le but étant que l'entreprise soit davantage performante par ce biais. Catherine Prieto explique que « *la culture de concurrence ne peut vivre que si elle est présentement ancrée dans la réalité de la vie économique, avec ses soubresauts et ses fluctuations* »<sup>716</sup>.

Dès 2009, l'ADLC avait déclaré vouloir « *diffuser une culture de la conformité incitant les entreprises à placer la concurrence au cœur de la stratégie commerciale* »<sup>717</sup>. En outre, on peut relever que l'ADLC, dans son ancien document-cadre, avait mis en avant que « *la création et l'entretien d'une culture de respect des règles [en général et en droit de la concurrence] constitue*

---

709 FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance », *op. cit.*

710 COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), *op. cit.*, p. 104.

711 McCALL (I.), « Quel potentiel en France ? Premiers enseignements de l'étude sur la conformité », *Lamy de la concurrence*, n° 19, 2009.

712 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 34.

713 LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *op. cit.*

714 LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *op. cit.*

715 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 375.

716 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 16.

717 ROQUILLY (C.), « Intel, dix ans après : Le mythe de la compliance revisité ? », *op. cit.*, p. 53.

*une composante fondamentale des programmes de conformité* »<sup>718</sup>. En tout état de cause, il s'agit toujours de sa position. La Commission européenne vise également à renforcer la culture de la concurrence dans sa brochure « Compliance matters »<sup>719</sup>. Les employés de l'entreprise doivent se sentir concernés par le risque concurrentiel et ne plus avoir « *une perception minorée du caractère illégal de la pratique* »<sup>720</sup>. La prochaine étape à franchir est que ces programmes soient réellement de nature à dissuader les employés de s'engager dans une pratique anticoncurrentielle. En effet, comme évoqué dans les parties précédentes, c'est un instrument de prévention devenu nécessaire mais qui n'arrête pas les employés ayant connaissance du caractère illégal de la pratique mais persuadés des gains substantiels que pourraient entraîner une pratique anti-concurrentielle.

Pour instaurer cette culture de la concurrence, les entreprises doivent donc pleinement prendre conscience des bienfaits de la concurrence. Ces programmes de compliance permettent de mesurer constamment le bien fondé de leurs actions économiques sur le marché afin de préserver leurs libertés économiques, tout en respectant celles des autres entreprises. La CNUCED indique que le déploiement d'une culture tournée autour du principe de libre concurrence est nécessaire car le fait de trop insister sur les seules règles peut favoriser les comportements déviants<sup>721</sup>. En effet, pour être efficace dans un domaine, et cela vaut de manière générale, il n'est pas suffisant de s'arrêter aux textes de lois. D'autres éléments sont à prendre en compte, comme la compréhension de la jurisprudence ou encore les comportements éthiques. Dès lors, Joseph Murphy explique que le programme en droit de la concurrence « *consiste à insister à la fois sur ce que la loi exige et sur les valeurs de concurrence libre et loyale qui la sous-tendent* »<sup>722</sup>. Ce sont des valeurs primordiales qui doivent guider chaque entreprise dans leurs pratiques commerciales. Les opérateurs économiques comprendront mieux l'impact des règles applicables et ne s'empêcheront pas certaines pratiques pourtant permises. Plus la culture de concurrence est développée, plus les entreprises prendront conscience de l'importance de respecter ces règles. C'est la raison pour laquelle Catherine Prieto explique que cette « *culture de concurrence doit être associée, dans les milieux d'affaires, à l'idée qu'il est utile de renoncer à la facilité des comportements anticoncurrentiels* »<sup>723</sup>. En effet, des auteurs affirment qu'« *une culture de la concurrence limitée implique une connaissance et une*

---

718 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 11.

719 Commission UE, *Compliance matters – What companies can do better to respect UE competition rules*, 2013, p. 18, pt. 4-6.

720 COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), *loc. cit.*

721 CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 17.

722 MURPHY (J.), « Promouvoir la conformité aux règles de concurrence : les programmes de conformité ont-ils un rôle à jouer ? », *op. cit.*, p. 288.

723 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *loc. cit.*

*compréhension limitées de l'utilité de la concurrence et un soutien limité de la concurrence, de l'application du droit de la concurrence* »<sup>724</sup>. Le renforcement de cette culture représente un intérêt certain pour les pays car, ainsi que l'indique l'OCDE, « *pour les dirigeants de tout pays qui s'est engagé sur la voie d'une économie davantage fondée sur le marché, il n'est pas d'étape plus fondamentale que l'établissement d'une culture de la concurrence* »<sup>725</sup>.

Par le biais des programmes de compliance, les entreprises s'engagent à prendre les mesures nécessaires à la pérennité de la valeur primordiale que constitue la concurrence libre et loyale. En raison de la gestion des risques que cette démarche implique, Patricia Foucaud explique que la compliance constitue plus largement un indice de bonne gouvernance<sup>726</sup>. Pour reprendre une expression de Bruno Lasserre, les entreprises prennent ainsi « *en main leur avenir concurrentiel* »<sup>727</sup>.

Afin de percevoir tout l'enjeu d'une culture de concurrence, il faut revenir sur la valeur fondamentale que constitue la concurrence libre et loyale, surtout au sein de l'Union européenne (1). L'étape suivante pourrait être d'instaurer cette culture de la concurrence au sein d'une culture de la compliance plus largement (2).

### **1) L'importance du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne**

Suite aux cartels amenant le nazisme<sup>728</sup>, ce droit a été un pilier de la reconstruction de l'Allemagne et de l'instauration des Communautés européennes. Puisque les entreprises internalisent les règles avec les programmes de compliance, cela a encore moins de chance de se reproduire. La démocratie s'en est trouvée davantage protégée contre les abus de puissance économique. Ainsi, pour de nombreux auteurs, les programmes de compliance pourraient permettre cet « *idéal de culture démocratique commune* »<sup>729</sup>. De plus, le droit de la concurrence a participé à la construction européenne dont l'élément central consiste en la création du marché intérieur. Ce droit a donc une place importante dans l'intégration européenne afin de prévenir la réapparition de barrière nationale sur les marchés. Plus encore, la régulation concurrentielle puis la compliance font prendre conscience aux entreprises que la libre concurrence représente leur « *destin commun* »<sup>730</sup>. John

---

724 GORANSON (L.), VOLKAI (J.), « Le droit et la politique de la concurrence en Europe du Sud-Est », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2003, n° 2, vol. 5, p. 88.

725 OCDE, « Renforcement des capacités pour une politique efficace de la concurrence dans les économies en développement et en transition », *op. cit.*, p. 9.

726 FOUCAUD (P.), « Comment fédérer les collaborateurs à la Compliance ? », *op. cit.*

727 ADLC, Communiqué de presse, *Programmes de conformité et non-contestation des griefs*, 2011.

728 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 9.

729 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 8.

730 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 6.

Clark affirme que la culture de concurrence est « *la pierre angulaire d'une économie de marché* »<sup>731</sup>.

L'instauration d'une culture de la concurrence est d'autant plus importante que, au vu de ce qui précède et pour de nombreux auteurs, la concurrence est un droit constitutionnel de l'Union européenne en ce qu'il a été constitutif. Dans le traité instituant les Communautés européennes de 1957, le principe de loyauté dans la concurrence figure parmi les principes généraux au sein du préambule<sup>732</sup>. De plus, ces règles sous-tendent les différentes politiques de l'Union européenne. Catherine Prieto évoque que « *la concurrence est [...] un cadre de "constitutionnalisation" de l'économie* »<sup>733</sup>. C'est « *l'équivalent économique de la démocratie politique* »<sup>734</sup> selon le professeur Ingo Schmidt. Par ailleurs, il était prévu d'introduire la libre concurrence comme une valeur de l'Union européenne au sein du traité établissant une constitution pour l'Europe en 2004. Cependant, on connaît le sort qu'a connu ce projet. La révision de Lisbonne a introduit le terme « *d'économie sociale de marché hautement compétitive* » et le protocole n°27 annexe relatif au marché intérieur et la concurrence a été ajouté au Traité sur l'UE. La libre concurrence constitue, pour reprendre les explications de Catherine Prieto à ce sujet, le « *cœur de la démocratie économique et d'une identification politique* »<sup>735</sup>. Les programmes de compliance en droit de la concurrence sont donc nécessaires afin que les entreprises internalisent toutes ces valeurs.

Joaquin Almunia le rappelle : « *la politique de concurrence est depuis l'origine au cœur des efforts visant à construire une Europe plus unie* »<sup>736</sup>. Le programme de compliance constitue donc un outil de plus entre les mains des autorités de concurrence pour faire en sorte qu'il n'y ait pas d'entrave au bon fonctionnement du marché intégré. Ainsi, les programmes de compliance permettent de remplir les objectifs de l'Union européenne inscrits à l'article 3 paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne qui dispose que : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de*

---

731 CLARKE (J.), « Plaidoyer pour la concurrence : défis pour les pays en développement », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2004, n° 4, vol. 6, p. 90.

732 Traité instituant la Communauté économique européenne, préambule, p. 11.

733 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 10.

734 SCHMIDT (I.), « Préface », in SOUTY (F.), *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, PUF, Que sais-je ?, 1996, 127 pages.

735 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 11.

736 ALMUNIA (J.), « Concurrence, innovation et croissance : Perspective européenne », in BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dir.), « A quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance... 100 personnalités répondent », *Concurrences*, 2014, p. 145.

*l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.* »<sup>737</sup>. Certes, la concurrence n'y est pas mentionnée mais le traité énonce qu'elle est au service du bon fonctionnement du marché intérieur. Il serait donc logique d'en faire une obligation légale, comme ce qui s'est passé dans les autres domaines. Ainsi, en créant une culture de la concurrence, les programmes de compliance au droit de la concurrence pourraient également remédier au constat de Catherine Prieto qui est que « *la concurrence peine encore à entrer dans la catégorie des valeurs de civilisation à tel point qu'elle constitue un véritable défi culturel* »<sup>738</sup>.

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cela peut présenter certains risques qui seront exposés dans la partie suivante.

Au sein de l'Union européenne, la diffusion de la culture de concurrence s'est faite en plusieurs étapes dont on peut considérer que les programmes de compliance en droit de la concurrence constitue la dernière étape, tout du moins l'étape actuelle. Ainsi, elle a d'abord été faite par la Commission européenne, en tant qu'organe centralisé et exclusivement compétent pour mettre en œuvre les principes du droit communautaire, à l'époque, de la concurrence. Ensuite, ce sont les autorités nationales de la concurrence qui ont également été chargées de cette diffusion. Le docteur en droit Mor Bakhom explique que cette décentralisation a pu avoir lieu une fois que « *la culture de la concurrence [est] devenue une réalité dans les États membres* »<sup>739</sup>. On peut dire qu'à cette étape, ce sont surtout les consommateurs et citoyens qui ont été sensibilisés à cette culture, à l'importance des règles de concurrence. Michaël Cousin explique également que la *soft law* a participé au développement d'une culture de respect des normes<sup>740</sup>. C'est pourquoi, la dernière étape consiste à ce que les entreprises elles-mêmes -qui se sont pendant longtemps contentées de calculer le coût que représente une infraction- s'auto-régulent, se responsabilisent avec cette culture de concurrence *via* les programmes de compliance.

L'établissement d'une culture de concurrence est donc passé par les actions de promotion du droit de la concurrence par les autorités de concurrence. Mais cela ne suffit pas, cette culture est encore faible. Plus largement, la culture de compliance est encore faible. Blandine Cordier-Palasse explique qu'une évolution serait que l'état d'esprit des dirigeants d'entreprises évoluent étant donné que ce sont eux qui sont censés donner l'impulsion à la compliance. Or, pour le moment, ces derniers considèrent que « *c'est un sujet de la direction juridique, [...] que c'est contraignant,*

---

737 Traité sur l'Union européenne, *op. cit.*, art. 3 § 3.

738 PRIETO (C.), « La culture de la concurrence : Une quête de sens et d'action », *op. cit.*

739 BAKHOUM (M.), « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RIDE*, 2011, n° 3, p. 326.

740 COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *op. cit.*

*technique, règlementaire et donc limitatif*»<sup>741</sup>.

Plus encore qu'une culture de concurrence, ces programmes vont amener une culture de la compliance.

## **2) L'envisageable culture de compliance globale**

Comme nous l'avons déjà évoqué à plusieurs reprises, dans certains domaines, comme la lutte contre la corruption ou la protection des données personnelles, la compliance est une obligation légale. En droit de la concurrence, ces programmes sont fortement préconisés. Dès lors, la solution, quelque peu imposée, pour l'entreprise est d'établir un programme de compliance unique pour tous ces sujets. En effet, les instruments d'identification et de prévention des risques sont les mêmes, avec quelques spécificités à chaque domaine. Ainsi, l'avocate Julie Catala-Marty explique que « *La formation sera différente, mais le plan de formation peut être unique dans sa mise en oeuvre avec plusieurs modules. Même chose pour la charte de bonnes conduites avec des chapitres différents* »<sup>742</sup>. Aussi, le document-cadre de 2012 de l'ADLC ne prévoyait pas textuellement de cartographie des risques mais une « *analyse concrète des risques propres à l'entreprise* »<sup>743</sup>. Toutefois, dans le cadre de cet écrit, il a été choisi de présenter la cartographie des risques dès le départ car l'ADLC a retiré son document-cadre pour notamment prendre en compte la loi Sapin II qui prévoit expressément cette cartographie des risques<sup>744</sup>. De la sorte, le fait d'utiliser les mêmes outils au sein de l'entreprise est un facteur important pour la création d'une culture de la compliance. Il s'agit d'avoir une vision globalisée de la compliance en coordonnant les différentes mesures afin de mutualiser les coûts. En effet, rappelons que la compliance est encore perçue de manière sectorielle. Marie-Anne Frison-Roche évoque, à ce titre, que la compliance doit être « *transdisciplinaire* »<sup>745</sup>. De même, l'OCDE explique que « *pour être efficaces, ces programmes ou mesures doivent être liés au cadre général de conformité de l'entreprise* »<sup>746</sup>, sous entendu ne pas être cloisonnés au droit de la concurrence. D'ailleurs, les indications données pour la mise en place d'un programme de compliance anticorruption peuvent servir pour couvrir la problématique du respect de la libre concurrence. L'approche des entreprises devraient être d'adopter une démarche de compliance globale. En France, cela permet également pour les entreprises de conserver un

---

741 CORDIER-PALASSE (B.), *Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise* 3/5, *op. cit.*, 56 min 50.

742 IWEINS (D.), « Infuser la culture compliance en entreprise », *op. cit.*

743 ADLC, Document-cadre du 10 février 2012, *op. cit.*, pt. 19.

744 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *op. cit.*, art. 17 II 3° et 4°.

745 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 23.

746 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 297.

référentiel officiel malgré le retrait de son document-cadre de 2012 par l'ADLC. D'autant plus qu'en droit de la concurrence, il n'y a aucune obligation légale mais que la compliance est désormais vivement conseillée. De plus, il faut noter que les programmes de compliance en droit de la concurrence et ceux anticorruption sont envisagés selon les mêmes étapes. De la sorte, les avocates Marie Hindré et Caroline Diot affirment que « *les entreprises qui mettent en place ou adaptent leur programme de conformité aux exigences de la loi Sapin II et aux plus hauts standards internationaux devront intégrer les risques liés aux infractions économiques au sens large, et à ce titre les risques liés aux pratiques anticoncurrentielles* »<sup>747</sup>.

Il est intéressant de relever que le retrait de cette décision-cadre, le fait que l'ADLC considère que les programmes de compliance ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises et l'introduction de la loi dite Sapin II avec son obligation d'établir des programmes de compliance sont intervenus dans le même temps. Cela laisse penser que désormais les entreprises devraient se baser sur les indications de la loi Sapin II. Rajoutons que cela ne complique pas en réalité les choses puisque les programmes de compliance sont adoptés pour un ensemble de risques que peut rencontrer l'entreprise, non limité à la corruption, ou à la concurrence. De plus, les problématiques de corruption et de concurrence sont étroitement liées. En effet, une contribution de la France au forum mondial sur la concurrence de l'OCDE en 2014 a rappelé que « *La corruption et les comportements anticoncurrentiels se rejoignent en ce qu'ils ont pour effet de réduire la performance économique tant des entreprises que des États [...] et trouvent à s'articuler en France dans le cadre de la passation de marchés publics* »<sup>748</sup>. Ainsi, on peut considérer que la loi Sapin II renforce indirectement la compliance en droit de la concurrence. Il est également énoncé que « *La pleine appropriation par les acteurs économiques des moyens de façonner leur comportement en vue du respect de la norme, et de l'intégration ab initio de celle-ci à leurs processus internes, tout en préservant leur libre détermination de sa stratégie, est un objectif de la régulation concurrentielle comme de la lutte anticorruption.* »<sup>749</sup>. Par ailleurs, la compliance globale présente l'avantage que si un problème dans un domaine est détecté, celui-ci peut amener à la détection d'autres problèmes et, dans ces cas là, mieux vaut agir en amont en évitant jusqu'à l'apparition même de ces problèmes de conformité.

La culture de compliance peut être définie comme une culture d'entreprise favorisant l'intégrité, l'éthique, le respect des normes légales, réglementaires et volontaristes, la

747 DUMOURIER (A.), « Intégrer les risques liés au droit de la concurrence dans les programmes de conformité et s'assurer de leur effectivité : entre nécessité et opportunité ! », *op. cit.*

748 OCDE, *Lutte contre la corruption et promotion de la concurrence – Contribution de la France*, DAF/COMP/GF/WD(2014)52, p. 2.

749 OCDE, *Lutte contre la corruption et promotion de la concurrence – Contribution de la France*, *op. cit.*, p. 13.

responsabilisation et la confiance. À cet effet, l'ensemble de l'organisation de l'entreprise doit être tournée autour de la compliance au droit de la concurrence autant que dans les autres domaines. La compliance doit être intégrée à la politique de l'entreprise et devenir une façon de faire des affaires sur le marché. De la sorte, Madame Riley affirme remarquer qu'il ne doit pas s'agir d'une simple politique de l'entreprise, la compliance aux règles de concurrence « *doit être la façon d'opérer de l'entreprise dans la pratique* »<sup>750</sup>. En effet, les commentateurs estiment que la compliance ne sera pleinement assurée que si les process internes et les formations font partie intégrantes d'une culture qui fait de la concurrence libre et loyale une valeur fondamentale<sup>751</sup>. À défaut, les règles restent anodines. C'est ce qui prévient les programmes de façade, ou du moins les fait ressortir car n'étant pas accompagnés de cette culture. L'engagement de la direction est donc encore une fois important car il va donner l'impulsion de cette culture.

Toujours sur le plan culturel, mais dans un autre sens, il convient d'évoquer une différence culturelle entre les États-Unis et l'Europe sur ces politiques de compliance au droit de la concurrence.

## **B- Quid de la différence entre les cultures américaine et européenne**

Antoine Gaudemet explique que la compliance a d'abord touché les États-Unis en raison d'une différence culturelle avec l'Union européenne. En effet, la garantie du bon fonctionnement du marché par les entreprises elles-mêmes est placée au centre des préoccupations de la philosophie politique américaine<sup>752</sup>. De plus, le système américain repose sur une logique de coopération entre les autorités et le secteur privé qui luttent ensemble contre les comportements anticoncurrentiels. Or, en France notamment, l'accent a longtemps été mis sur l'intervention de l'État dans l'économie et qui sanctionne les manquements par le biais d'un système légal. En outre, traditionnellement, la culture du secret professionnel, du secret des affaires prime, et non cette logique de transparence. C'est pourquoi, pour certaines personnes, sur le plan culturel, plus particulièrement en France en tout cas, la compliance constitue tout de même une révolution en ce qu'il s'agit d'un concept qui n'est pas d'origine européenne.

Les principales différences entre les deux côtés de l'Atlantique tiennent à l'approche de la compliance elle-même ainsi qu'à celle de la concurrence. On citera, à titre d'exemple, la non-

---

750 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 375.

751 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 332.

752 GAUDEMET (A.), « Introduction », *op. cit.*, p. 10.

reconnaissance d'un *legal privilege* aux juristes internes aux entreprises, ainsi que les mécanismes d'alerte qui s'opposent à la culture française du silence et du secret. Sur ce point, Emmanuel Breen et Antoinette Gutierrez-Crespin attirent l'attention des entreprises sur un possible écueil qui est « *qu'une ancienne culture du secret soit remplacée par une forme de discours convenu de la compliance* »<sup>753</sup>. Ce discours risque de ne pas être effectif car « *personne n'ose faire un pas de côté et donner véritablement son avis sur tel ou tel problème ou tel ou tel aspect du programme* »<sup>754</sup>. Or, de nombreux praticiens estiment qu'il est temps de « *placer le droit français et ses juristes sur un pied d'égalité avec les autres systèmes juridiques [...] des grandes démocraties* »<sup>755</sup>. Cela leur paraît nécessaire pour établir la culture de la concurrence par la compliance. C'est pourquoi la présidente de l'AFJE a invité, lors d'une conférence, le gouvernement français à prendre ses responsabilités afin que les juristes d'entreprises puissent obtenir les moyens de mettre en œuvre ce système de compliance en leur permettant d'avoir la confidentialité de leurs avis et correspondances afin d'éviter l'auto-incrimination. D'ailleurs, il est évident que sans cela, la compliance sert davantage les intérêts des autorités de concurrence. D'autres estiment que pour renforcer la culture de la concurrence, il faut reconnaître que les programmes de compliance sont un circonstance atténuante.

De plus, ce qui explique que la culture de concurrence peut paraître plus avancée en Amérique que dans l'Union européenne est le fait que le droit *antitrust* américain repose en grande partie sur le droit pénal, c'est-à-dire qu'un comportement anticoncurrentiel s'apparente à un crime. Or, dans l'Union, le droit de la concurrence est d'origine civil ou administratif. En Amérique, les entreprises sont donc davantage soucieuses de mettre en œuvre des plans de prévention de ces infractions *via* la compliance.

Toutefois, on perçoit, notamment avec l'introduction de la loi Sapin II que c'est l'inverse qui tend à se produire, à savoir une modification de la culture française et européenne pour correspondre à la logique de la compliance américaine.

Selon de nombreux auteurs en la matière, il y a un objectif marqué des États-Unis dans la diffusion des programmes de compliance au droit *antitrust*. Cet objectif est résumé par Jean-Christophe Roda : l'« *exportation à l'étranger d'un savoir-faire et d'une manière de penser les méthode de contrôle [...], le but est en réalité d'imposer une manière de faire de la compliance « à l'américaine* » [...] *sous couvert de coopération internationale* »<sup>756</sup>. En ce qui concerne le droit la

753 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 112.

754 *Ibid.*

755 DEDIEU (D.), FEUGERE (W.), LANCRI (M.), MOSSE (M.), TROCHON (J-Y.), WINCKLER (A.), *op. cit.*, p. 18.

756 RODA (J-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 241.

concurrence, il serait question de renforcer cette culture de concurrence que les Américains ont d'ores et déjà instauré comme étant une valeur commune. Pour rappel, la culture de la concurrence a pris naissance en Amérique puis s'est exportée au sein des filiales européennes des entreprises américaines. C'est pourquoi, Joëlle Simon explique que « *les principales difficultés des entreprises [...] européennes tiennent au fait que les programmes de conformité [...] sont une création américaine importée sans que l'on ait en même temps incorporé l'ensemble du dispositif qui permet aux programmes de fonctionner correctement* »<sup>757</sup>. En effet, si le programme de compliance n'est pas adapté aux spécificités de l'Europe, ces différences culturelles peuvent conduire à moins d'efficacité du programme car tous les éléments du cadre de compliance ne sont pas établis. Cependant, il ne faut pas oublier que la culture européenne de la concurrence, introduite plus tard, a su marquer certaines spécificités, à défaut de quoi elle aurait été inefficace, voire rejetée par les acteurs. Comme l'a relevé Catherine Prieto, cette culture « *a pu servir l'identité européenne* »<sup>758</sup> en étant, non pas une fin en soi comme aux États-Unis, mais un moyen au service de la construction du marché unique regroupant des langues et des cultures différentes.

De plus, tout comme il est nécessaire de personnaliser les programmes de compliance, il peut être dangereux de transposer purement et simplement ces techniques venant d'autres pays sans les adapter à la façon de faire des affaires.

Au vu de l'importance que prend le « phénomène compliance », il serait judicieux que l'Union européenne s'en empare pour marquer son influence dans cette matière éminemment anglo-saxonne.

### **C- Du renforcement de la culture européenne de la concurrence à l'émergence d'une possible culture de concurrence mondiale**

Une impulsion européenne à la compliance au droit de la concurrence permettrait de faire en sorte que la politique de concurrence puisse « *garder sa capacité d'adaptation tant aux orientations industrielles qu'aux déploiements des stratégies des États membres pour se faire concurrence* »<sup>759</sup>. Marie-Anne Frison-Roche évoque « *la construction d'une Europe de la compliance* »<sup>760</sup>. Il s'agit de créer un modèle européen de compliance allant plus loin que la juxtaposition actuelle des politiques

---

757 ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, op. cit., p. 302.

758 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », op. cit., p. 1.

759 GUILLOU (S.), « La politique de concurrence européenne ou l'extension de l'intégration, 2017, <https://www.ofce.sciences-po.fr/blog/la-politique-de-concurrence-europeenne-ou-lextension-du-domaine-de-lintegration/>.

760 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », op. cit., p. 36.

de compliance sectorielles (concurrence, corruption, données personnelles, etc.). Elle explique que, pour l'instant, la compliance se résume à « *limiter les dégâts* »<sup>761</sup>, en réaction aux États-Unis. Or, ce droit ne pourra pas simplement se construire sur ce simple « objectif ». Pour certains, il faudrait lutter contre l'introduction d'un tel droit d'origine américaine afin de faire en sorte que « *l'Europe ne devienne pas un autre État des États-Unis* »<sup>762</sup>. Or, pour elle, il est important que l'Europe se saisisse de la construction de ce droit de la compliance pour parachever sa construction. De plus, cela pourrait être un moyen de rendre la culture de concurrence plus européenne. En outre, cette impulsion constituerait une sorte de contre-pouvoir aux entreprises multinationales dont la puissance sur les marchés est grandissante. Les entreprises européennes seraient plus performantes face notamment aux États-Unis et à la Chine. À ce titre, Geoffroy Roux de Bézieux a affirmé que « *les États-Unis se préparent à une guerre commerciale, la Chine poursuit son capitalisme étatique, l'Europe doit de toute urgence apporter des réponses* »<sup>763</sup>. Cela peut donc passer par la définition d'une politique de compliance au droit de la concurrence au niveau de l'Union européenne et qui renforcerait les entreprises européennes. Un nouveau pas dans l'intégration pourrait ainsi être accompli. Viviane de Beaufort se posait ainsi, en 2013, la question de savoir s'il n'est pas « *temps de réévaluer la dimension traditionnelle de l'Union Européenne et de son marché commun* »<sup>764</sup>. Aussi, par le biais de ces références communes, les autorités de concurrence sauraient davantage où chercher l'information, mieux contrôler que la compliance au droit de la concurrence est mise en œuvre au sein de l'entreprise, et si tout est réellement respecté. Les entreprises auraient également une plus grande sécurité juridique car les autorités de concurrence auraient les mêmes positions et ces programmes devraient avoir le même contenu dans toute l'Union européenne. Actuellement, il faut rappeler que « *les difficultés posées par la diversité culturelle des États dans lesquelles opère une entreprise* »<sup>765</sup> persistent. Or, il est possible d'utiliser le REC pour mettre en place une sorte de programme modèle comme ce qui existe pour les programmes de clémence.

Mises à part ces « difficultés », les deux approches américaine et européenne de la culture de concurrence tendent à se rapprocher avec les programmes de compliance. En effet, les standards décrits et les conséquences données à ces derniers sont les mêmes pour la majorité des autorités de

---

761 FRISON-ROCHE (M-A.), « Comment le droit de la compliance peut aider d'une façon décisive la construction de l'Europe », *Working paper*, 2018, <http://mafr.fr/fr/article/comment-droit-et-economie-peuvent-sallier-pour-aid/>.

762 FRISON-ROCHE (M-A.), « Comment le droit de la compliance peut aider d'une façon décisive la construction de l'Europe », *loc. cit.*

763 ROUX DE BEZIEUX (G.), « Pour une « Europe combative », *MEDEF*, 2018, <https://www.medef.com/fr/actualites/pour-une-europe-combative-geoffroy-roux-de-bezieux-au-handelsblatt>.

764 DE BEAUFORT (V.), « Le patriotisme économique peut-il exister au niveau européen », *Knowledge ESSEC*, 2013, <http://knowledge.essec.edu/fr/economy-finance/patriotisme-economique-peut-exister-au-niveau-euro.html>.

765 DS, « Lu pour vous – La compliance : un monde nouveau ? Antoine Gaudemet (dir.) », *op. cit.*

concurrence du monde. Ainsi, la mise en place des programmes de compliance au droit de la concurrence au sein des entreprises pourrait permettre de conserver la distinction entre les deux conceptions du droit de la concurrence, tout en aboutissant à une culture partagée à l'échelle mondiale de la compliance à la concurrence reposant sur les mêmes standards internationaux. Il est même possible d'aller plus loin et de considérer que les programmes de compliance pourraient permettre d'instaurer une culture internationale de la concurrence, surtout dans les multinationales ayant un programme de compliance unique. En effet, face aux défis qu'imposent la globalisation, Michèle Rioux l'a affirmé, « *un droit mondial de la concurrence n'est actuellement pas une solution réaliste [et] n'est souhaité ni par les États ni par les entreprises* »<sup>766</sup>. Toutefois, malgré les différences culturelles dans la conduite des affaires selon les pays et de la conception de la concurrence, les programmes de compliance au droit de la concurrence déployé dans les entreprises à travers le monde sont un facteur de déploiement d'une culture internationale de la concurrence. Christophe Collard fait remarquer que « *pour une entreprise diversifiée, implantée sur de multiples territoires avec des cultures différentes, il est difficile d'être « conforme » sur tous les sujets, partout dans le monde* »<sup>767</sup>. Dans ces cas là, il évoque que les programmes de compliance doivent être « *un lien fédérateur entre les communautés de travail culturellement distinctes, des métiers et des secteurs d'activité différents* »<sup>768</sup>.

Les programmes de compliance apparaissent comme le meilleur moyen d'instaurer une culture de la concurrence car les entreprises s'approprient les règles en la matière. De plus, ce qui entraîne également la culture est le fait que l'entreprise s'engage à respecter différentes valeurs à commencer par la RSE et l'éthique des affaires. C'est pourquoi, pour lutter contre les infractions anticoncurrentielles, les autorités de concurrence voient l'instauration d'une culture de la concurrence comme une solution.

## **Section II - L'intérêt d'une culture d'entreprise tournée vers le respect des règles de concurrence**

Cette culture de la concurrence par la compliance rend le droit de la concurrence plus effectif (§1). Les programmes de compliance peuvent donc entraîner une évolution de la politique de concurrence (§2). Toutefois, ce mouvement doit être encadré si l'on ne veut pas que la culture de

---

766 RIOUX (M.), « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », in HUGON (P.), MICHALET (C-A.) (dir.), *Les nouvelles régulations de l'économie mondiale*, Karthala, Paris, 2005.

767 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

768 *Ibid.*

concurrence soit instrumentalisée (§3).

## § 1 - Un droit de la concurrence plus effectif

Les plans de conformité contribuent à l'effectivité du droit de la concurrence, c'est-à-dire au fait que ce droit soit observé et appliqué par ses destinataires. En effet, plus une règle est comprise, plus elle est acceptée et plus elle est effective. Un auteur relève qu'avec ces programmes, les juristes sont « *désormais guidés par le seul impératif d'effectivité quand le droit connaît bien d'autres fonctions* »<sup>769</sup>. Ce sont des outils qui permettent aux entreprises de prendre conscience de cette « *responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par [leurs] comportement[s] à une concurrence effective et non faussée dans le marché* »<sup>770</sup> que la Cour de justice des Communautés européennes puis de l'Union européenne fait peser sur elles. Toutefois, l'OCDE relève que les programmes de conformité ne sont pas de nature à rendre, à eux seuls, l'entreprise d'avantage concurrentielle. Pour ce faire, elle doit développer « *des stratégies de promotion de la concurrence* »<sup>771</sup> afin de savoir ce qu'il ne faut pas faire, mais également ce qu'il faut faire. C'est pour cette raison que l'entreprise doit, grâce à l'impulsion du programme de conformité, instaurer en son sein une culture de la conformité au droit de la concurrence.

L'instauration de l'efficacité de cette culture nécessite que tous les salariés soient au fait des règles relatives à la concurrence et de ses démarches internes de conformité. C'est à cette condition que la culture de concurrence se diffuse au sein de l'entreprise. Le plus compliqué dans cette diffusion est donc de persuader toutes les personnes intervenant dans l'entreprise des bienfaits du droit de la concurrence. À ce sujet, Georges Decocq évoque que ces démarches au sein de ces programmes sont « *censées s'attaquer à la racine du mal: l'ignorance par le plus grand nombre des bienfaits de la concurrence. La foi sauve, si elle se traduit par des actes.* »<sup>772</sup>. Cela vaut pour tout le personnel de l'entreprise « *quel que soit leur niveau de responsabilité et leur localisation* »<sup>773</sup>, y compris les managers. Cependant, lors d'une formation organisée par l'AFJE<sup>774</sup>, les intervenants faisaient remarquer que, dans de nombreux cas, les managers, la direction générale ou encore les membres du conseil d'administration ne reçoivent pas toujours les formations conformité car, pour

---

769 DS, « Lu pour vous – La conformité : un monde nouveau ? Antoine Gaudemet (dir.) », *op. cit.*

770 CJCE, 9 novembre 1983, aff. C-322/81, *Michelin*, Rec. 1983 p. 3496, ECLI:EU:C:1983:313, conclu. Pieter Ver Loren van Themaat, pt. 10.

771 OCDE, *Promoting compliance with competition law*, *op. cit.*, p. 375.

772 DECOCQ (G.), « Les enseignements du droit de la concurrence », *op. cit.*

773 FRISON-ROCHE (M-A.), « Conformité : avant, maintenant, après », *loc. cit.*

774 Organiser, déployer et diffuser le programme de Conformité, *op. cit.*

reprendre les mots de Maria Lancri, « *ils se considèrent au dessus du panier* »<sup>775</sup>. Il est nécessaire qu'une évolution se fasse à ce niveau car, sans savoir de quoi il s'agit, il n'est pas possible de superviser la compliance, et encore moins désormais de diriger l'entreprise. De même, les consommateurs sont eux-mêmes de plus en plus sensibilisés au fait qu'une entreprise soit *compliant*.

La démarche de compliance relève ainsi de la pédagogie. Vincent Rebeyrol note qu'il s'agit de faire en sorte que les collaborateurs de l'entreprise soient mis au fait de l'existence des règles de concurrence afin qu'ils puissent avoir les moyens de les respecter<sup>776</sup>. Ce dernier fait le constat, lorsqu'il participe à des formations, que « *des règles pourtant basiques sont parfaitement méconnues...* »<sup>777</sup>. En effet, la réalité de notre monde du travail fait que les employés qui ne sont pas des juristes n'ont que peu de connaissance en droit et encore moins en droit de la concurrence. Une représentante de la Securities and Exchange Commission évoquait « *qu'il faut inculquer à chaque employé l'obligation de faire ce qui est juste* »<sup>778</sup>. L'objectif est que chaque salarié prenne spontanément les bonnes décisions au regard des règles de concurrence par la suite. De plus, *in fine*, les salariés se retrouvent unis par des valeurs communes.

La création d'une culture de la concurrence par la compliance est nécessaire afin de surmonter le phénomène qu'observent de nombreux praticiens qui est que l'éthique est un thème plus accrocheur pour les entreprises car, dans de nombreux domaines, la compliance est perçue comme quelque chose d'imposé, de subi. De la sorte, un compliance officer a pu expliquer la différence entre ces deux notions en affirmant que « *L'éthique ça vient de l'intérieur de l'entreprise, et de vous. La compliance, ça s'impose à vous* »<sup>779</sup>. Une étude menée en 2015 pour l'Autorité de la concurrence et des marchés au Royaume-Uni<sup>780</sup> révèle que, sur 1 201 entreprises privées, les deux tiers expliquaient se conformer au droit de la concurrence principalement, pour adopter un comportement éthique et conserver leur réputation. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'éthique a une forte dimension personnelle et que la culture de la compliance a vocation à avoir une dimension collective dans le but de rendre le droit de la concurrence plus effectif.

---

775 LANCRI (M.), Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance, *op. cit.*, 13min25.

776 REBEYROL (V.), « La compliance : le rôle de la charte éthique », *op. cit.*, p. 120.

777 *Ibid.*

778 RICHARDS (L.), *Working Towards a Culture of Compliance : Some Obstacles in the Path*, National Society of Compliance Professionals, Speech by SEC Staff, National Membership Meeting, 2007, Washington, DC. ; RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 239.

779 BREEN (E.), GUTIERREZ-CRESPIN (A.), *op. cit.*, p. 114.

780 IFF Research, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, 2015, étude réalisée pour l'Autorité des marchés et de la concurrence ; cité dans CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, *op. cit.*, p. 5.

Par ailleurs, en étant bien intégrée par l'entreprise, la compliance est également source de performance économique. Différents auteurs font remarquer qu'à défaut, « *elle n'aurait pas d'intérêt* »<sup>781</sup>. Ce n'est pas seulement dû au fait de respecter le droit de la concurrence, mais à tous les changements que la compliance entraîne dans l'entreprise. François Hollande a affirmé « *la concurrence c'est un outil, au service de l'efficacité économique et technologique, de la compétitivité de nos entreprises, au service finalement de l'emploi et du pouvoir d'achat* »<sup>782</sup>. Les programmes de compliance sont donc un instrument pour s'en assurer. Ils permettent l'innovation, la qualité, la recherche et la baisse des coûts. Jérôme Bédier évoque un « *outil actif de développement de l'entreprise* »<sup>783</sup> en expliquant que, désormais, les entreprises ne doivent pas se contenter de piloter leurs activités commerciales en ne s'intéressant qu'au développement du chiffre d'affaires, mais doit prendre en compte toutes les valeurs mentionnées précédemment.

Le lien doit être fait entre la concurrence et la performance économique d'un secteur. La compliance aux règles de concurrence doit davantage être perçue comme un facteur de compétitivité, d'innovation, de bonne gouvernance des pratiques sur le marché. Il s'agit, pour reprendre les explications de Christine Lagarde, « *de faire en sorte que les mécanismes de l'économie jouent de manière correcte* »<sup>784</sup> en assurant le bien-être des consommateurs, tout en permettant une meilleure compétitivité entre les entreprises. Toutefois, le lien entre la concurrence et la performance économique n'est pas systématiquement fait car Jean-Christophe Grall relève que « *le droit (et ses acteurs, juristes ou avocats) n'est pas (pas encore ?) considéré comme une opportunité ou un instrument stratégique, mais plutôt comme une contrainte.* »<sup>785</sup>.

Les programmes de compliance rendent donc le droit de la concurrence plus effectif, ce qui rend les entreprises plus performantes. Une autre implication est que, selon Luc-Marie Agagneur, par l'instauration de cette culture de la concurrence, « *l'entreprise devient un relais de la répression ou de la régulation* »<sup>786</sup>.

---

781 COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), *op. cit.*

782 HOLLANDE (F.), SARKOZY (N.), « Elections présidentielles 2012 : Quelle politique de concurrence pour la France et pour l'Union européenne ? » in BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dir.), *op. cit.*, p. 174.

783 BÉDIER (J.), « La compliance, un outil actif de développement de l'entreprise », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance, op.cit.*, p. 113.

784 LAGARDE (C.), « L'avenir de la politique de concurrence française », *op. cit.*

785 GRALL (J.-C.), « Une compliance acclimatée », *op. cit.*, p. 3.

786 AUGAGNEUR (L.-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 31.

## § 2 - Les programmes de compliance comme outils de la politique de concurrence

Les programmes de compliance sont utiles aux autorités de concurrence car ils permettent de faire en sorte que la concurrence fonctionne de manière optimale en étant observé par les opérateurs économiques. Jean-Christophe Roda explique que le but des autorités de concurrence a été « *de créer un environnement international hostile pour les entreprises contrevenantes, afin qu'elles se saisissent de la compliance comme une bouée de sauvetage dans des eaux devenues tumultueuses* »<sup>787</sup>. Cela explique pourquoi les sanctions des comportements anticoncurrentiels sont si lourdes et pourquoi la circonstance atténuante sur le fondement de la compliance aux règles de concurrence ne soit (presque) pas reconnue. C'est ainsi que, selon l'expression de Michèle Rioux, se développe « *une gouvernance de la rivalité concurrentielle* »<sup>788</sup>. La politique de concurrence ne peut perdurer que si les règles du droit de la concurrence sont acceptées, comprises, appliquées par les acteurs économiques sans marchandage lié à des réductions de sanctions. Or, la politique de concurrence est reconnue comme étant primordiale pour l'économie mondiale. C'est en cela qu'une culture de la concurrence par le biais de la compliance est indispensable. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence, dans leurs recommandations à adopter ces plans de compliance, mettent l'accent sur la promotion de la culture de concurrence.

Dans l'optique de responsabilisation des entreprises, la politique de concurrence menée par les autorités nationales de concurrence ainsi que par la Commission européenne est amenée à évoluer. Tout d'abord, dans leur contrôle de l'application de ce droit, elles ne se contentent plus « seulement » de réprimer les entreprises *via* de lourdes amendes. Sanctionner les infractions *a posteriori* ne suffit pas à inculquer une culture du respect de la concurrence libre et loyale au quotidien par les entreprises. De manière complémentaire, les autorités doivent davantage mettre l'accent sur l'importance de la création de cette culture de la concurrence par la compliance par le biais de leurs actions d'*advocacy*. Le programme de compliance constitue le prolongement de ces actions de promotion de la concurrence par les autorités, voire l'étape ultime car les entreprises internalisent elles mêmes les règles. Le but est que toutes les entreprises se sentent concernées par le droit de la concurrence. L'ADLC l'affirme dans sa brochure sur la conformité avec les règles de la concurrence : ces démarches doivent concerner toutes les entreprises, pas uniquement celles poursuivies pour avoir adopté un comportement anticoncurrentiel<sup>789</sup>. Ainsi, selon l'avocat Laurent

---

787 RODA (J.-C.), « La compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *op. cit.*, p. 240.

788 RIOUX (M.), « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *op. cit.*

789 ADLC, *La conformité avec les règles de concurrence – Des outils et des réflexes pour protéger les entreprises*, *op. cit.*, p. 3.

Prunet, c'est en instaurant cette culture de concurrence que les entreprises deviennent capable de gérer le risque concurrentiel de ce cadre répressif ferme (risque lié à la violation trop élevé), « *plutôt que de tenter de se fier à des calculs, souvent perdants* »<sup>790</sup> par le biais de la clémence et de ses conséquences difficilement mesurables par avance. Marie-Anne Frison-Roche évoque qu'un rapport de confiance doit s'instaurer entre les entreprises et les autorités de contrôle (par le partage d'informations notamment). Ces dernières ont une fonction en commun : la préservation du bon fonctionnement du marché. Un outil au service de cette fonction réside donc dans les programmes de compliance. L'entreprise devient ainsi un régulateur car elle prescrit les comportements que ses employés doivent adopter en son sein.

Une partie des moyens consacrés aux enquêtes lourdes et coûteuses pourrait être transférée vers un contrôle des programmes établis par les entreprises. Cela ne serait pas illogique au vu de ce qu'on a démontré ci-dessus : les autorités de concurrence en tireraient des avantages car ces programmes permettraient moins d'infractions anticoncurrentielles par négligence ainsi qu'une plus grande facilité à prouver les infractions. Aussi, ce contrôle serait moins coûteux car une relation de confiance, basée sur la nécessité partagée des bénéfices d'une libre concurrence, se serait développée. Ce changement est possible : il passe par l'introduction légale d'une obligation d'adopter, au sein des entreprises, des programmes de compliance effectifs englobant le droit de la concurrence.

Par ailleurs, les entreprises seraient mises sur un pied d'égalité car toutes seraient soumises à cette obligation et il n'y aurait plus d'ambiguïté. Cela permettrait de faire prendre conscience à toutes les entreprises que le risque concurrentiel les concerne toutes et pas seulement les autres comme c'est davantage l'état d'esprit d'aujourd'hui.

Le rôle des autorités serait nécessairement amené à évoluer si l'obligation de compliance au droit de la concurrence était inscrite dans la législation nationale voire européenne et internationale, comme c'est le cas pour la lutte anticorruption par exemple. Marie-Anne Frison-Roche explique que, dans les domaines où la compliance est une obligation légale, le régulateur « *ne fait plus, il regarde faire, il contrôle que cela est fait, il reçoit les preuves que cela a été fait, que cela est fait, que cela sera fait, en permanence* »<sup>791</sup>. Il serait donc peut être opportun que la police du droit de la concurrence prennent en charge le contrôle des mesures de compliance internes aux entreprises. Si ces autorités de régulation concurrentielle n'en ont pas les moyens, la question peut se poser de

---

790 PRUNET (F.), « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *op. cit.*

791 FRISON-ROCHE (M-A.), « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *op. cit.*, p. 11.

savoir si une ou des autorités de la compliance ne finiront pas par être créées.

Un tel changement est nécessaire car, comme l'affirme Antoine Gaudemet, « *le droit traditionnel a échoué dans la répression et la prévention de la délinquance économique et financière mondialisée* »<sup>792</sup>. Il faut également rappeler que cette évolution est due à l'émergence de la justice négociée. Dans ce contexte, l'action des entreprises complète, *via* ce souffle nouveau que constitue la compliance, celle des autorités de régulation concurrentielle.

Si des évolutions dans l'application du droit de la concurrence sont envisageables, il convient de s'interroger sur les réels bienfaits de celle-ci et d'étudier si elle ne comporte pas des dérives potentielles.

### § 3 - Une culture de la concurrence discutée

En premier lieu, Catherine Prieto a relevé que certains ont pu être septiques sur la formule culture de la concurrence en ce que « *la concurrence ne semble pas mériter une association si prestigieuse avec la culture* »<sup>793</sup>. La concurrence serait trop brutale pour ce faire.

En deuxième lieu, il faut relever que, au vu de ce que l'on a évoqué dans la partie précédente sur les réductions d'amende, les programmes de compliance ne sont généralement pas (encore ?) guidés par cette culture de la concurrence. Celle-ci est encore faible. Viviane de Beaufort fait le constat que « *la « culture de la concurrence » [...], au sens de son acceptation par les acteurs - État, entreprises, consommateurs, usagers, salariés... - est loin d'être installée* »<sup>794</sup>. Ce phénomène s'explique notamment parce que les bienfaits de la concurrence ne sont pas instantanés, ni individuels. Dès lors, les acteurs peuvent toujours être tentés de tricher. Les programmes de compliance doivent servir à sensibiliser ces acteurs en prévenant de cette tentation. Or, les entreprises cherchent encore davantage à négocier, à obtenir des réductions d'amende, à être les premières en cas de demande de clémence.

En troisième lieu, le comportement des entreprises se trouve modifié par l'instauration de cette culture de compliance. Nous avons vu que cela leur apporte des avantages certains. Cependant, le professeur de droit Stephano Manacorda met en garde sur le fait qu'« *on risque de transformer certaines règles fixées par l'État, et de tendre ainsi vers une autonomie* »<sup>795</sup>. En effet, à partir des

---

792 GAUDEMET (A.), *Les Editions Panthéon-Assas présentent : « La compliance: un monde nouveau ? »*, *op. cit.*, 3 min 10.

793 PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *op. cit.*, p. 1.

794 BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Préface – A quoi sert la concurrence ? », *in* BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dir.), *op. cit.*

795 WATIN-AUGOUARD (J.), « L'ordre et le modèle », *op. cit.*, p. 8.

règles générales, les entreprises créent leurs propres règles afin de les internaliser. Dès lors, on comprend le problème qui est que si la concurrence est une valeur constitutionnelle de l'Union européenne, cette façon de faire du droit est-elle bien démocratique ? Les règles de droit ne doivent-elles pas être générales, impersonnelles et les mêmes pour toutes les entreprises ? Une dérive peut consister en ce que les entreprises n'interprètent pas de la même façon les règles générales. C'est une dérive qui est susceptible de se produire en droit de la concurrence où les règles nationales comme européennes sont vagues et compliquées à interpréter comme nous l'avons vu ci-dessus. Certains évoquent ainsi des « *constitutions internes d'entreprises* »<sup>796</sup>. En France, la conséquence qui se profile est que les entreprises se détachent de la primauté du système juridique étatique fondé sur la conception moniste et unitaire.

D'autant plus qu'il n'y a pas d'obligation légale de faire selon certaines règles, des standards obligatoires comme dans d'autres domaines, mais seulement des recommandations qui émanent de différents organes et qui ne donnent pas tous les mêmes conseils. Une des conséquences peut être que toutes les entreprises ne se trouvent pas sur un pied d'égalité car ayant des programmes de compliance aux règles de concurrence plus ou moins permissifs, plus ou moins contraignants (voir ci-dessus l'exemple sur les prix imposés). À titre d'illustration, au sein des associations d'entreprises, un programme de compliance commun ne doit pas avoir pour effet de contrecarrer les comportements indépendants des entreprises participantes<sup>797</sup>. Les programmes de compliance ne doivent pas non plus interdire des comportements pro-concurrentiels permis par le droit de la concurrence pour des raisons de sécurité.

De plus, il se peut que, à la place d'une culture de la concurrence potentiellement commune à toutes les entreprises, se développe des cultures de compliance propres à chaque entreprise. Les programmes de compliance pourraient finalement remettre en cause la constitution économique au sein d'un État voire même de l'Union européenne.

Dans le même ordre d'idée, certes il est nécessaire que le monde de l'entreprise ait pleinement connaissance du sens des règles du droit de la concurrence, mais il ne faudrait pas que, par le biais de ces programmes de compliance, les entreprises soient potentiellement davantage au courant des pratiques pour dissimuler une infraction. Toutefois, au vu des moyens que certaines

---

796 MANACORDA (S.), « La dynamique des programmes de mise en conformité des entreprises », Collège de France, Paris, 13 juin 2014. ; cité dans ABADI (P.), « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », *Gaz. Pal.*, 2016, HS n° 2, p. 65.

797 DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « Le subjectivisme de l'éthique d'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence », *op. cit.*

entreprises consacrent déjà à cette dissimulation, c'est un risque à prendre car, rappelons le, les pratiques anticoncurrentielles sont détectées plus facilement avec ces programmes de compliance. Par ailleurs, s'il n'y a pas d'obligation légale, les entreprises peuvent n'être incitées qu'à établir des programmes de compliance minimales car ne reposant que sur des recommandations. En effet, rien ne les incite finalement à mettre en place les cinq grandes étapes car il n'y a plus la possibilité d'obtenir une réduction d'amende.

## CONCLUSION

### **§ 1 – Les programmes de compliance en droit de la concurrence : un outil avantageux pour les entreprises malgré des difficultés liées au cadre d'application du droit de la concurrence de l'Union européenne**

L'application du droit de la concurrence présente de nombreux risques pour les opérateurs économiques. Dans une démarche préventive et afin de conserver leur réputation, les entreprises établissent des programmes de compliance au droit de la concurrence. Ils sont soutenus en ce sens par les autorités de concurrence et leurs recommandations en la matière. Cela n'appelle *a priori* pas de commentaires particuliers. Les entreprises en retirent de nombreux avantages, à commencer par une meilleure connaissance des règles du droit de la concurrence qui s'appliquent à elles et qu'elles peuvent ainsi adapter aux spécificités de leur secteur d'activité. Toutefois, il ressort de cette étude que, dans l'Union européenne, ces démarches ne sont pas si simples qu'il n'y paraît. Alors que le but devrait être de volontairement prévenir la commission d'infractions anticoncurrentielles, les entreprises ont tendance à utiliser cet instrument à des fins de négociation avec l'autorité de concurrence. La philosophie des programmes de compliance semble osciller entre, d'une part, la volonté de prévenir les infractions en instaurant une culture de la concurrence et, d'autre part, la volonté d'obtenir une réduction de sanction en cas de pratique anticoncurrentielle sans réel souhait d'internaliser les règles du jeu.

Par ailleurs, cette technique est importée des États-Unis sans que toutes ses composantes ne soient adaptées au cadre d'application du droit européen de la concurrence. C'est ainsi que chaque étape de la mise en place d'un programme de compliance peut comporter des risques pour l'entreprise compte tenu de l'absence de *legal privilege* pour les juristes d'entreprise ou encore du mécanisme d'alerte qui n'en est qu'à ses balbutiements au sein de l'Union européenne.

### **§ 2 -Les programmes de compliance en droit de la concurrence : un outil de régulation concurrentielle pour les autorités de concurrence**

Les programmes de compliance en droit de la concurrence sont un moyen de faire participer les opérateurs privés à la lutte contre les comportements anticoncurrentiels. Ces derniers internalisent les règles et c'est pour cette raison que les autorités de concurrence leur donnent pour ambition d'instaurer une culture de la concurrence. Dès lors, et cela ressort de cet écrit, les programmes de compliance sont aussi, voire davantage, utiles pour les autorités de concurrence. D'autant plus que les entreprises ne peuvent généralement pas prétendre obtenir une réduction de

sanction sur ce fondement alors que ces programmes ne sont pas sans présenter certaines difficultés et risques. Pour les autorités, ces programmes de compliance sont davantage perçus comme un moyen de contraindre les entreprises à porter à leur connaissance les pratiques anticoncurrentielles mises à jour par de tels programmes par le biais de la procédure de clémence. En définitive, il s'agit d'un nouvel outil pour faire en sorte d'améliorer l'efficacité des politiques de concurrence. Les autorités de concurrence n'utilisent plus seulement la politique de sanction pour orienter le comportement des entreprises, elles utilisent la pédagogie *ex ante*. Ces programmes permettent aux entreprises d'internaliser les règles du droit de la concurrence. Cela est perçu comme un avantage pour les autorités, au détriment du fait qu'elles établissent leur propres règles de droit. On assiste à une logique d'inversion dans l'application du droit de la concurrence. Nous ne sommes plus dans l'étude des comportements au cas par cas, ni dans la règle de raison mais, au contraire, il est question de placer les critères en amont et donc de perdre l'individualisation de la peine.

Cependant, une difficulté apparaît : alors que ce qui a fait l'attractivité de la procédure de clémence est la possibilité d'obtenir une atténuation de sanction, les programmes de compliance semblent passer de mode petit à petit au niveau de l'Union européenne. Pour y remédier, afin de réellement promouvoir la culture de concurrence, une obligation légale d'adopter des programmes de compliance en droit de la concurrence de l'Union européenne semble être la solution. Les programmes de compliance gagneraient également à recevoir un encadrement commun et adapté au sein de l'Union européenne.

### § 3 – Vers un droit de la compliance ?

Pour Marie-Anne Frison-Roche, comme pour de nombreux autres praticiens et chercheurs, la prochaine étape est celle de la construction d'un droit de la compliance<sup>798</sup> qui comprendrait donc nécessairement les règles de concurrence comme but monumental. Il s'agit de « *soustraire [la compliance] à l'arbitraire, d'en classer les règles, d'en limiter les usages* »<sup>799</sup> et les risques d'instrumentalisation. Pour rappel, ces buts monumentaux correspondent au domaine des programmes de compliance qui ne se limitent pas au droit de la concurrence mais qui comprennent d'autres règles présentant des risques juridiques et extra-juridiques, tels que le rejet de la corruption, le respect des droits de l'Homme, l'application des principes de gouvernance, le respect des cultures locales, des religions, etc, en particulier au sein des grandes entreprises. Pour Luc-Marie

---

798 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 33.

799 FRISON-ROCHE (M-A.), « Compliance : avant, maintenant, après », *op. cit.*, p. 34.

Augagneur, il serait question d'un « *droit de la conviction* »<sup>800</sup>. Le programme de compliance a en effet pour fonction première de convaincre que le comportement de l'opérateur n'est pas de nature à fausser la concurrence.

---

800 AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*, p. 34.

# BIBLIOGRAPHIE

## I- Dictionnaires

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, 10<sup>e</sup> éd., 1104 pages.

Dictionnaire Larousse.

## II- Ouvrages

BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dir.), « A quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance... 100 personnalités répondent », *Concurrences*, 2014, 734 pages.

BORGA (N.), MARIN (J-C.), RODA (J-C.) (dir.), *Compliance : entreprise, régulateur et juge*, Paris, Dalloz, 2018, 264 pages.

COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.), ROQUILLY (C.) (dir.), *Risque juridique et Conformité – Manager la compliance*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, 286 pages.

FRISON-ROCHE (M-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Paris, Dalloz, 2017, 140 pages.

GARAPON (A.), *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013, 200 pages.

GAUDEMET (A.) (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2016, 168 pages.

ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise : management juridique et culture juridique d'entreprise*, Paris, Joly Edition, 352 pages.

SOUTY (F.), *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, PUF, Que sais-je ?, 1996, 127 pages.

## III- Articles d'ouvrages

ABRANTES-METZ (R.), SOKOL (D.), « Antitrust Corporate Governance and Compliance », in BLAIR (R-D.), SOKOL (A.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, 2015, vol.2, Oxford University Press, p. 586-618.

BERGMAN H., SOKOL D. (2015), *The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance*, in *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary age – Leniency religion*, C. Beaton-Wells and C. Tran (eds.), Hart Publishing, 330 pages.

CLAUDEL (E.), « Les sanctions en droit de la concurrence », in CHENAIS (C.), FENOUILLET (D.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1., La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 425.

GINSBURG (D.), WRIGHT (J.), « Antitrust Sanctions », in *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, 2010.

KINGSBURY (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », 19 *Michigan Journal of International Law*, 1998, p. 345-372.

RIOUX (M.), « Culture de concurrence : les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », in HUGON (P.), MICHALET (C-A.) (dir.), *Les nouvelles régulations de l'économie mondiale*, Karthala, Paris, 2005.

STEPHAN (A.) [2011], « The Battle for Hearts and Minds: The Role of the Media in Treating Cartels as Criminal », in BEATON-WELLS (C.) et EZRACHI (A.) (dir.), *Criminalizing Cartels: A Critical Interdisciplinary Study of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publishing.

#### **IV- Articles de revues périodiques**

ABADI (P.), « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », *Gaz. Pal.*, 2016, HS n° 2, p. 65.

ARCELIN-LÉCUYER (L.), « Les stratégies volontaires d'anticipation du risque concurrentiel », *Lamy droit des affaires*, n° 91, 2014.

ARHEL (P.), « Non-contestation des griefs et programmes de conformité », *JCP E*, 2012, n° 9, actu. 131, p. 9.

AUGAGNEUR (L-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, 5 Octobre 2017, 1522, p. 30.

AYED (W.), « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *JCP G*, 2011, n° 4, 96.

AYELA (C.), BIHANNIC (K.), « Nouveau coup de sifflet contre le whistleblowing : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *Lamy droit des affaires*, 2011, n° 65.

BACCICHETTI (E.), « Les programmes de conformité en droit de la concurrence », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2012, n° 6, p. 52.

BAKHOUM (M.), « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RIDE*, 2011, n° 3, p. 305.

BENABOU (V.), DE BEAUFORT (V.), « A quoi sert la concurrence ? », *Concurrences*, 2015, n° 1.

BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, n° 28, p. 1619.

BOULOC (B.), « Pour une prise en considération de la mise en conformité spontanée en droit de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2010, n° 23.

BOSCO (D.), « Regards croisés sur les programmes de conformité », *Contrats, conc. consom.*, 2012, n° 1, comm. 25.

BOY (L.). « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », *RIDE*, 2010, n° 3, p. 273.

CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (première partie – l'essor des programmes de mise en conformité au droit français de la concurrence) », *Revue concurrentialiste*, 2013.

CARBONNEL (M.), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence (seconde partie – mise en œuvre et pertinence des programme de mise en conformité) », *Revue concurrentialiste*, 2013.

CATALA MARTY (J.), « Quels bénéfices attendre de la mise en oeuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence ? », *RICEA*, 2014, n° 14, p. 36.

CATALA MARTY (J.), FOUGEA (C.), « Comment intégrer le paramètre social dans la mise en œuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence », *RICEA*, 2015, n° 41, p. 15.

CLARKE (J.), « Plaidoyer pour la concurrence : défis pour les pays en développement », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2004, n° 4, vol. 6, p. 81.

CLAUDEL (E.), « Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux

règles de concurrence », *RTD Com.*, 2012, n° 2, p. 312.

CLAUDEL (E.), « Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder ! », *Concurrences*, 2015, n° 4, p. 61.

CLAUDEL (E.), « La transaction à la française : une procédure attractive ? Publication d'un communiqué de procédure », *RTD Com.*, 2019, n° 1, p. 57.

COLLARD (C.), « Conformité réglementaire et performance de l'entreprise : la vision des acteurs (Regards croisés de directeurs juridiques et de compliance officers) », *Cah. dr. entr.*, 2009, dossier 35.

COLLARD (C.), GRAS (G.), GUIZOT (X.), ROQUILLY (C.), SAINTE FARE GARNOT (R.), « Entreprise - La conformité réglementaire et les « programmes de compliance », *Cah. dr. entr.*, 2010, n° 2.

COMBE (E.), MONNIER-SCHLUMBERGER (C.), « Cartels et comportements des managers : analyse et implications pour les politiques publiques », *Revue économique*, 2016, HS 1, p. 95.

CORDIER-PALASSE (B.), « Une profession en devenir : le Compliance officer », *revue RH&M*, 2014, p. 52.

COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *JCP E*, 2008, n° 43.

COUSIN (M.), « Chère transparence... Réflexions sur le communiqué de l'AdIC relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *Lamy droit des affaires*, 2011, n° 62.

COUSIN (M.), LEMAIRE (C.), « Conformité et non- contestation des griefs : l'AdIC précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises », *Lamy droit des affaires*, 2012, n° 69.

CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, 2011, n° 4, p. 69.

DANET (D.), « Misère de la corporate governance », *RIDE*, 2008, n° 44, p. 407.

DAOUD (E.), PARTOUCHE (H.), « Loi Sapin II, RGPD et loi Vigilance / enjeux internationaux de la compliance », *Lamy droit des affaires*, 2018, n° 136.

DEBROUX (M.), SAINTE FARE GARNOT (R.), « Programmes de conformité et risque concurrence : Témoignages croisés d'un juriste d'entreprise et d'un avocat », *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 230.

DECOCQ (G.), « Les enseignements du droit de la concurrence », *Lamy Droit des Affaires*, 2015, n° 105.

DEDIEU (D.), FEUGERE (W.), LANCRI (M.), MOSSE (M.), TROCHON (J-Y.), WINCKLER (A.), « Compliance : entre coopération et contrôle », *RICEA*, 2018, n° 26, p. 14.

DIENNY (E.), « Condamnation d'une entente horizontale particulièrement développée et modification du régime de la transaction par l'Autorité de la concurrence », *LEDICO*, 2017, n° 11, p. 4.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « La mise en place d'un programme de compliance : le point de vue du praticien », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 72.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), « Le subjectivisme de l'éthique d'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2014, n° 39.

DRAI (E.), « Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeur », *LPA*, 2008, n° 54, p. 4.

DUMARÇAY (M.), « Accords et Désaccords des procédures d'engagements en droit français, européen et australien de la concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2010, n° 24.

DUMOURIER (A.), « Les enjeux de la conformité en droit de la concurrence », *Le Monde du Droit*, 2012.

DUMOURIER (A.), « Intégrer les risques liés au droit de la concurrence dans les programmes de conformité et s'assurer de leur effectivité : entre nécessité et opportunité ! », *Le Monde du Droit*, 2017.

DUMOURIER (A.), « Compliance : les entreprises ont un important travail à réaliser pour être en phase avec la nouvelle réglementation », *Le Monde du Droit*, 2017.

DURAND (W.), « L'entreprise face au droit de la concurrence : comment réduire le risque ? », *Lamy de la concurrence*, 2016, n° 55.

ESPESSON-VERGEAT (B.), « Le caractère dissuasif des sanctions de l'Autorité de la concurrence », in « Réflexions croisées », *Lamy de la concurrence*, 2015, n° 43.

FASQUELLE (D.), « La PME, « auteur » de pratiques anticoncurrentielles », *Lamy de la concurrence*, 2011, n° 29.

FOURGOUX (J-L.), « L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 6, 2012, 66, p. 45.

FRANCOIS-MARTIN (L.), « Pertinence des programmes de conformité – Les risques », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.

- FRISON-ROCHE (M-A.), « Le Droit de la compliance », *D.*, 2016, n° 32, p. 1871.
- FRISON-ROCHE (M-A.), « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *Concurrences*, 2018, n° 4, p. 2.
- GERADIN (D.), PETIT (N.), « Règles de concurrence et partenariat euro-méditerranéen : échec ou succès ? », *Revue internationale de droit économique*, 2003, n° 1, note de bas de page 226, p. 94.
- GIRAUD (P.), « L'Etablissement de règles d'Ethique et de Compliance dans les ETI et les PME : Quel rôle pour le Juriste d'Entreprise ? », *Le Monde du Droit*, 2013.
- GORANSON (L.), VOLKAI (J.), « Le droit et la politique de la concurrence en Europe du Sud-Est », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2003, n° 2, vol. 5, p. 88.
- GRALL (J-C.), CROUY-FOURNIER (N.), « La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence : de l'unité à la diversité. L'intention du cartelliste : un facteur de diversification des sanctions ? », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 35.
- GUICHETEAU (C.), « La compliance concourt à l'efficacité de l'entreprise et à son rayonnement », *Le Monde du Droit*, 2015.
- HAERI (K.), « Le dispositif de la loi Sapin II sur la compliance et très important et ambitieux », *Le Monde du Droit*, 2016.
- HOMBROUCK (M.), « Atorus Executive crée Atorus Compliance », *Le Monde du Droit*, 2018.
- IDOT (L.), « À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence », *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 1.
- IDOUX (P.), « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », *AJDA*, 2016, n° 14, p. 769.
- IDOUX (P.), « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de régulation », *Lamy de la concurrence*, 2016, n° 50.
- IDOUX (P.), « Après la régulation, la *compliance* ? », in « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2017, n° 33, p. 1872.
- KÉVORKIAN A., « Les programmes de conformité aux règles de concurrence La fin des réductions d'amendes ? », *Cah. dr. entr.*, 2017, n° 6, éditorial.
- KOEHLER DE MONTBLANC (M.), « Exigence de conformité », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.
- LAGARDE (C.), « Interview – Christine Lagarde : Le Ministre-avocat de la concurrence »,

*Concurrences*, 2008, n° 4, p. 5.

LAGARDE (C.), « L'avenir de la politique de concurrence française », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

LASSERRE (B.), « La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier », *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 93.

LASSERRE (B.), « Pourquoi s'investir dans la conformité ? », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

LASSERRE B., « Octobre 2011 – Octobre 2012 : le bilan d'une année de régulation concurrentielle », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 34.

LEDOUBLE D., « Les systèmes de contrôle, élément essentiel de l'anatomie des personnes morales », *JCP E*, 2014, n° 31-34, 1409.

LEDOUX (V.), RODA (J-C.), « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2007, n° 12, ét. 14, p. 5.

LEMAIRE (C.), « À propos des programmes de conformité : Quels enseignements de la pratique des autorités à travers le monde ? », *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 65.

LEMAIRE (C.), « Comment le droit de la concurrence appréhende-t-il la compliance ? Débat », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 72.

LEMAIRE (C.), « Analyse juridique », in « Séminaire DGTPE-Concurrence LA TRANSACTION Séance du jeudi 20 décembre 2007 », *Lamy de la concurrence*, 2008, n° 15.

LEMAIRE (C.), « La conformité : quel intérêt pour les autorités de concurrence », *Lamy de la concurrence*, 2009, n°19.

LEMAIRE (C.), « Procédure de non contestation des griefs - « compliance » - articulation avec la procédure de clémence », *Concurrences*, 2009, n°1, p. 198.

LOMBART (P.), « Les programmes de conformité : l'heure du doute », *RJEP*, 2008, n° 656, repère 8.

MASCRET (C.), « Les enseignements de l'Autorité de la Concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique », *LPA*, 2014, n° 221, p. 3.

McCALL (I.), « Quel potentiel en France ? Premiers enseignements de l'étude sur la conformité », *Lamy de la concurrence*, n° 19, 2009.

- MENURET (J.-J.), « Autorité de la concurrence », *J.-Cl. Conc. Consom.*, 2015, Fasc. 60.
- MOMEGE (C.), « Droit de la défense – legal privilege : L'arrêt Akzo : un (tout petit) pas en avant en matière de legal privilege », *Concurrences*, 2007, n°4, p. 126.
- OCDE, « Renforcement des capacités pour une politique efficace de la concurrence dans les économies en développement et en transition », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2002, n° 4, vol. 4, p 8.
- PANQUIAULT (R.) (dir.), « Programmes de conformité, révolution discrète », *Le bulletin de l'ilec*, 2014, n° 445, p. 7.
- PIETRINI (S.), « Italie : L'Autorité de la concurrence sanctionne trois cartels dans le secteur des services d'oxygénothérapie et d'assistance respiratoire (Linde Medicale, Medicaire Italia, Sapio Life, Vivisol e.a.), 19 janvier 2017 », *Concurrences*, 2017, n° 2, p. 204.
- PIETRINI (S.), « Italie : L'Autorité garante de la concurrence et du marché sanctionne les géants de l'audit financier pour violation de l'article 101 TFUE (Deloitte, EY, KPMG, PwC), 7 novembre 2017 », *Concurrences*, 2018, n° 1.
- PIRONON (V.), « L'Autorité de la concurrence accepte les engagements de PagesJaunes SA », *Comm. com. électr.*, 2013, n° 1, comm. 5.
- PRIETO (C.), « La culture européenne de concurrence », *Droit 21*, 2002, ER 007, p. 1.
- PRUNET (F.), « Les conflits d'intérêts en droit de la concurrence, colloque Les conflits d'intérêts en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 342, p. 19.
- PRUNET (F.), « L'information des acteurs du marché permet-elle d'instaurer une confiance suffisante ? », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 1.
- PRUNET (F.), « La prise de risque en droit des affaires - le droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 354, p. 21.
- PUEL (F.), « Efficience des programmes de conformité », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 33.
- PUEL (F.), FRANCOIS-MARTIN (L.), « La Commission européenne met en place un système de lancement d'alertes anonymes pour les particuliers », *JCP E*, 2017, 308, p. 5.
- QUERENET-HAHN (B.), POELS (P.), « L'article 59 de la loi Macron : une nouvelle ambition pour les programme de compliance ? », *RICEA*, 2014, n° 14, p. 25.
- RAMEAU (M.-C.), « Propos introductifs », *Lamy de la concurrence*, 2013, n° 37.
- ROQUILLY (C.), « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche

- multidimensionnelle du risque juridique », *Cah. dr. entr.*, 2009, n° 6, dossier 34.
- ROQUILLY (C.), « Intel, dix ans après : Le mythe de la compliance revisité ? », *Concurrences*, 2010, n° 2, p. 50.
- ROQUILLY (C.), HENKY (P.), JEUNEUX (C.), PRIMOT (M.), SCHAEFFER (P.), TRUQUIN (J.-A.), « La protection des échanges et avis juridiques dans une économie mondialisée : pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France », *Lamy droit des affaires*, 2012, n° 77.
- ROSKIS (D.), BECKHARD (J.), DOREMUS (C.-M.), « CNIL et concurrence : un mariage de raison », *JCP E*, 2007, n° 37, p. 3.
- ROSKIS (D.), JAFFAR (S.), « Réflexions sur la portée du document-cadre de l'Autorité de la concurrence », *JCP E*, 2012, n° 21.
- ROUERS (J.-C.), « « Compliance » chez Clarion », *RIP*, 2008, n° 34, p. 154.
- ROUGER (M.), « Respect du droit national ou soumission à la régulation mondiale ? », *Les Echos*, 2005.
- SOUTY (F.), « Entreprises, concurrence, conformité : définition empirique de la compliance », *Lamy de la concurrence*, 2016, n° 55.
- TERCINET (A.), « Le laboratoire du droit processuel de la concurrence », in « COLLOQUE - Droit de la concurrence et droit de la publicité – Accords et désaccords La Rochelle, 27 mai 2011 », *Lamy de la concurrence*, 2012, n° 31.
- TOURY (L.), « Table ronde n° 1 Le droit : un secteur stratégique ? », *Lamy des Affaires*, 2008, n° 32.
- TROCHON (J.-Y.), « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », *RD aff. Int.*, 2007, n° 5, p. 676.
- TROCHON (J.-Y.), « La conformité : un outil pour prévenir le risque et renforcer l'entreprise », *JCP E*, 2013, n° 31-34.
- YOFFIE (D.), KWAK (M.), « Playing by the rules – How Intel avoids antitrust litigation », *Havard Business Review*, 2001
- ZIVY (F.), « Témoignage », *Rev. Conc. consom.*, 2008, n° 158, p. 76.
- ZIVY (F.), « Les programmes de conformité aux règles de concurrence : de l'auto-évaluation à l'auto-régulation ? », *JCP E*, 2012, p. 1474.

Questions-réponses, Colloque « La culture de la conformité, nouvel horizon du droit français de la concurrence », table ronde n° 2 « La conformité, un atout pour les autorités de concurrence ? », *Lamy de la concurrence*, 2009, n° 19.

« La compliance chez Orange – entretien avec Jean-Philippe Roulet », RICEA, 2014, n° 51-52, p 7.

« Steiner avocats propose une expertise intégrée avocat / expert sur la compliance », *Le Monde du Droit*, 2018.

## **V- Monographie**

GERRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit - A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012, 536 pages.

# TABLE DE JURISPRUDENCES CHRONOLOGIQUES

## I- Jurisprudences européennes

### A. Jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 20 juin 2002, aff. 54767/00, *Borghesi c/ Italie*.

CEDH, 3 juin 2004, aff. 69042/01, *Neste et al. c/Fédération de Russie*.

B. Jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (ancienne CJCE) et conclusions des avocats généraux

#### 1. Jurisprudences de la CJUE / CJCE

CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S C/ Commission*, Rec. 1982 p. 1575, ECLI:EU:C:1982:157, conclu Warner.

CJCE, 9 novembre 1983, aff. C-322/81, *Michelin*, Rec. 1983 p. 3496, ECLI:EU:C:1983:313, conclu. Pieter Ver Loren van Themaat.

CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*, Rec. 1991 I p. 1979, ECLI:EU:C:1991:161, conclu Jacobs.

CJCE, 28 juin 2005, aff. jointes C- 189/02 P, C- 202/02 P, C- 205/02 P, C- 206/02 P, C- 207/02 P, C- 208/02 P et C- 213/02 P, *Dansk Rørindustri et a. c/ Commission*, Rec. 2005 I p. 5425, ECLI:EU:C:2005:408, concl. Tizzano.

CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals / Commission*, Rec. 2010 I p. 8301, ECLI:EU:C:2010:512, conclu Kokott.

CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-136/12, *Géologues Italiens*, Rec. numérique curia, ECLI:EU:C:2013:489.

CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission européenne*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:C:2013:522, conclu Kokott.

CJUE, 24 juin 2015, aff. jointes C-293/13 P et C-294/13 P, *Fresh del Monte Produce Inc. Et Internationale Fruchtimport Gesellschaft Wiechert GmbH & Co. KG*, Rec. numérique Curia,

ECLI:EU:C:2015:416, conclu Kokott.

CJUE, 20 février 2018, aff. C-16/16 P, *Royaume de Belgique contre Commission européenne*, Rec. numérique curia, ECLI:EU:C:2018:79, conclu. Bobek.

## 2. Conclusions des avocats généraux

Conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 8 juillet 2004, aff. jointes C- 189/02 P, C- 202/02 P, C- 205/02 P, C- 206/02 P, C- 207/02 P, C- 208/02 P et C- 213/02 P, *Dansk Rørindustri et a. c/ Commission*, ECLI:EU:C:2004:415.

Conclusions de l'avocat général Mazák, présentées le 11 février 2010, aff. C-413/08 P, *Lafarge*, Rec. 2010 I p. 5361, ECLI:EU:C:2010:71.

Conclusions de l'avocat général Bobek présentées le 12 décembre 2017, aff. C-16/16 P, *Royaume de Belgique contre Commission européenne*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:C:2017:959.

## C. **Jurisprudences du Tribunal de l'Union européenne (ancien TPICE)**

TPICE, 17 décembre 1991, aff. T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV contre Commission des Communautés européennes*, Rec. II p. 1711, ECLI:EU:T:1991:75.

TPICE, 14 mai 1998, aff. T-352/94, *Mo och Domsjö v Commission*, Rec. II p. 1989, ECLI:EU:T:1998:103.

TPICE, 14 mai 1998, aff. T-319/94, *Fiskeby Board c/ Commission*, Rec. II, p. 1331, ECLI:EU:T:1998:95.

TPICE, 28 mars 2001, aff. T-144/99, *Institut des mandataires agréés c/ Commission*, Rec. 2001 II p. 1087, ECLI:EU:T:2001:105.

TPICE, 29 avril 2004, aff. jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 et T-242/01, *Tokai Carbon Co. Ltd and Others v Commission*, Rec. 2004 II p. 1181, ECLI:EU:T:2004:118.

TPICE, 5 avril 2006, aff. T-279/02, *Degussa AG c/ Commission CE*, Rec. 2006 II p. 897, ECLI:EU:T:2006:103.

TPICE, 26 avril 2007, aff. jointes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-

129/02, T-132/02 et T-136/02, *Bolloré SA et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2007 II p. 947, ECLI:EU:T:2007:115.

TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-125/03 et T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, Rec. 2007 II p. 3523, ECLI:EU:T:2007:287.

TPICE, 12 décembre 2007, aff. jointes T-101/05, T-111/05, *BASF et UCB/Commission*, Rec. 2007 II p. 4949, ECLI:EU:T:2007:380.

TPICE, 8 octobre 2008, aff. T-73/04, *Le Carbone-Lorraine contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2008 II p. 2661, ECLI:EU:T:2008:416.

Trib. UE, 24 mars 2011, aff. T-384/06, *IBP et International Building Products France / Commission*, Rec. II p. 1177, ECLI:EU:T:2011:113.

Trib. UE, 13 juillet 2011, aff. T-138/07, *Schindler Holding Ltd et autres contre Commission européenne*, Rec. 2011 II p. 4819, ECLI:EU:T:2011:362.

Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-352/09, *Novacke chemické zavody a.s. c/ Commission*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:T:2012:673.

Trib. UE, 17 décembre 2014, aff. T-72/09, *Pilkington Group*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:T:2014:1094.

Trib. UE, 12 juill. 2018, aff. T-438/14, *Silec*, Rec. numérique Curia, ECLI:EU:T:2018:447.

## **II- Jurisprudences françaises**

### **A. Jurisprudences du Conseil d'Etat**

CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, n°78880, publié au recueil Lebon.

CE, sect., 18 décembre 2002, *Duvignières*, n° 233618, publié au recueil Lebon.

CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, n° 346378, publié au recueil Lebon.

CE, 11 octobre 2012, *Société Casino-Guichard-Perrachon*, n° 357193, publié au recueil Lebon.

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, 368083, 368084, publié au recueil Lebon.

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, publié au recueil Lebon.

## **B. Jurisprudences de la Cour d'Appel**

CA Paris, arrêt du 27 octobre 2016.

CA Paris, 29 janvier 2008, n° RG:2006/07820, *Le Goff Confort e.a., contre Cons. conc.*

## **III- Jurisprudences étrangères**

Cour suprême administrative suédoise, 24 mai 1996, affaire 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

Cour administrative suprême, 10 février 2004, affaire 2696-03 (RA 2004 ref 8High Court (Haute Cour), *Law Society of Ireland contre Competition Authority* (2006) 2 IR 262.

Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Allemagne), 15 novembre 2010, 19 BV 10.871.

Competition Appeal Tribunal, 11 mars 2011, *Kier Group Plc e.a.*

U.S. District Court W.D, *Barovic et al. C/ Ballmer*, n° C 14-0540-JCC, 10 déc. 2014.

Conseil d'État belge, arrêt 237/674 du 16 mars 2017.

## **Table des décisions des autorités de concurrence**

### **I- Décisions de la Commission européenne**

Commission CE, décision du 7 décembre 1982 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, aff. IV/30.070, *National Panasonic*, 382D0853, 82/853/CEE, JOCE n° L 354 du 16 décembre 1982, p. 28-35.

Commission CE, décision du 5 juin 1991 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, aff. n° IV/32.879, *Viho/Toshiba*, JOCE n° L 287 du 17 octobre 1991, p. 39.

Commission CE, décision 1999/210/CE du 14 octobre 1998, aff. IV/F-3/33.709, *British Sugar plc*, JOCE n° L 76/1 du 22 mars 1999, p. 1.

Commission CE, décision C (2007) 512 final du 21 février 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. COMP/E-1/38.823, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, JOCE 2008 n° C 75 du 26 mars 2008, p. 19.

### **II- Décisions de l'Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence)**

Cons. conc., décision n° 92-D-63 du 24 novembre 1992 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé en 1990 par la commune de Venarey-les-Laumes en Côte-d'Or.

Cons. conc., décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07- 16485.

Cons. conc., décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime.

Cons. conc., décision n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel.

Cons. conc., décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

Cons. conc., décision n° 07-D-40 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics de collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges.

Cons. conc., décision n° 08-D-13, 11 juin 2008, relative à des pratiques relevées dans le secteur de

l'entretien courant des locaux.

Cons. conc., décision n° 08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar

ADLC, décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, Cass. com., 29 mai 2013, n° 12- 18195.

ADLC, décision n° 13-D-06 du 28 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale, Cass. com. 8 févr. 2017, no 15- 15.005.

ADLC, décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

ADLC, 8 décembre 2011, Décision n° 11-D-17, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

ADLC, décision n° 12-D-27 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles.

ADLC, décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques.

ADLC, décision n° 14-D-05 du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte, pt. 283.

ADLC, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps.

ADLC, décision n° 15-D-14 du 10 septembre 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Bolton Solitaire SAS, Danone SA, Johnson & Johnson Santé et Beauté France SAS et Pernod-Ricard SA dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outremer.

ADLC, décision n° 15-D-18 du 1er décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéo.

ADLC, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express.

ADLC, décision n° 17- D- 20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

### **III- Décisions des autorités étrangères**

AGCM, décision du 7 novembre 2017, *Big Four*, 1796.

AGCM, décision du 21 décembre 2016, *Linde Medicale, Medicaire Italia, Sapio Life, Vivisol e. a.*, publiée le 19 janv. 2017.

F T C , 4 a p r i l 2 0 1 4 , *Music Teachers National Association, Inc.*, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/131-0118/music-teachers-national-association-inc-matter>.

# TABLE DES DOCUMENTS

## I - Textes de l'Union européenne

### A. Droit primaire

Traité instituant la Communauté économique européenne

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), JOUE n° C 326, 26 octobre 2012, p. 13–390.

### B. Droit dérivé

Règlement (CEE) n° 17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (actuellement articles 101 et 102), JOCE n° 013 du 21 février 1962, p. 204-211.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n° L 001 du 04 janvier 2003, p. 1-25.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD).

### C. Droit souple

Commission CE, Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (ex articles 85 et 86 du traité CE), JOCE n° C 132 du 12 mai 1999.

Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)).

## II- Textes du système juridique français

### A. Législatifs

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, NOR: EINX1426821L.

Art. L. 264-2 du Code de commerce, III, version en vigueur jusqu'au 8 août 2015 et modifiée par l'article 2018 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n°0265 du 14 novembre 2008 p. 17391, NOR: ECEC0823324R.

### **B. Règlementaires**

Circulaire CGT n° 2008/22, 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

### **C. Droit souple**

Norme ISO 26000 : 2010, établie par l'Organisation internationale de normalisation.

ADLC, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs.

ADLC, Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction.

ADLC, Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.

CNIL, Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande de McDonald's France pur la mise en œuvre d'un système d'intégrité professionnel.

CNIL, Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en oeuvre d'un dispositif de "ligne éthique".

CNIL, Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004), JORF du 4 janvier 2006. Dernières modification par la délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017, JORF n°0172 du 25 juillet 2017.

## **IV- Textes des systèmes juridiques étrangers**

Loi du 2 décembre 1966 protégeant les lanceurs d'alerte en garantissant le droit d'accès à

l'information, y compris aux documents officiels, et la liberté de parole.

Foreign Corrupt Practices Act, 1977.

Whistleblower Protection Act, 1989, renforcé par la suite.

Public Interest Disclosure Act, 1998, protégeant les lanceurs d'alerte des secteurs publics et privés, renforcé par la suite.

The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.

## **V- Lignes directrices des autorités de concurrence**

ADLC, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 2012.

ADLC, *La conformité avec les règles de concurrence – Des outils et des réflexes pour protéger les entreprises*, brochure, 2012.

Bureau de la concurrence Canada, *Les programmes de conformité d'entreprise*, 2010, <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03280.html>.

Bureau de la concurrence, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, 2015 (dernière version modifiée), disponible sur : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03927.html>.

CADE, *Guidelines for competition compliance programs*, 2016.

CNIL, Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, 2016, 16/FR, WP 243 rev.01.

Commission UE, *Compliance matters – What companies can do better to respect UE competition rules*, 2011.

Commission UE, *Compliance matters, What companies can do better to respect EU competition rules*, 2013.

Norme ISO 31000:2018 Management du risque – Lignes directrices, 2018.

*Guidance on Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, 2004, également connu sous l'appellation « COSO 2 ».

OFT, *How your business can achieve compliance with competition law*, Guidance, juin 2011.

SCPC, *Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales*, mars 2015.

The Criminal Division of the U.S. Department of Justice, the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012.

US Department of Justice – Office of the Deputy Attorney General, *Memorandum, Subject : Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*, August 28, 2008.

US Sentencing Commission, *Organizational Sentencing Guidelines*, § 8B2.1 « Effective Compliance and Ethics Program », 2015.

U.S. Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, Chapter 8 Sentencing of organizations.

## **VI- Communiqués de presses**

### **A. Européens**

Commission UE, Communiqué de presse, *Ententes: la Commission inflige une amende de 1,06 milliard d'Euros à Intel pour abus de position dominante et lui ordonne de mettre un terme à ses pratiques illégales*, 13 mai 2009, IP/09/ 745.

Commission UE, Communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige une amende de 2,93 milliard d'euros à des constructeurs de camions pour avoir participé à une entente*, 19 juillet 2016, IP/16/2582.

Commission UE, communiqué de presse, *Protection des lanceurs d'alerte: la Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l'UE*, 23 avril 2018, IP/18/3441.

Commission UE, Communiqué de presse, *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche*, 18 juillet 2018, IP/18/4581.

Parlement européen, Communiqué de presse, *Protection des lanceurs d'alerte: nouvelles règles adoptées à l'échelle de l'UE*, 2019, 20190410IPR37529.

## **B. Français**

CE, Communiqué de presse sur l'étude « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger » rendue publique le 13 avril 2016, p. 2.

Cons. conc., Communiqué de presse, *15 septembre 2008 : Le Conseil de la concurrence s'engage en faveur de la conformité*, 2008. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id\\_rub=255&id\\_article=969](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id_rub=255&id_article=969).

ADLC, Communiqué de presse, *Programmes de conformité et non-contestation des griefs*, 2011.

## **C. Etrangers**

Autorité belge de la Concurrence, Communiqué de presse, *L'Autorité belge de la Concurrence publie un guide sur les programmes de conformité destiné aux PME*, 2016, n° 13.

## **VII- Rapports**

ADLC, Editorial du rapport annuel de 2017, p. V, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito\\_ra17.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito_ra17.pdf).

BusinessEurope, *Making sense of competition law compliance – a practical guide for SMES*, 2017.

CE, *De la sécurité juridique*, Étude annuelle 1991, La documentation française, 1991.

CNUCED, *Compilation of the contributions submitted for conference*, 2010.

CNUCED, *Fondements de l'efficacité des organismes chargés de la concurrence*, TD/B/C.I/CLP/8, 2011.

CNUCED, *Renforcement des capacités du secteur privé en matière de respect des règles de la concurrence*, TD/B/C.I/CLP/39, 2016.

Europe Economics, *Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité - Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence*, 2008.

ICC, *Promoting antitrust compliance : the various approaches of national antitrust authorities*, 2011, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc\\_comparative\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf).

ICC, *La conformité aux règles de concurrence – une affaire de bon sens*, 2013.

IFF Research, *United Kingdom businesses' understanding of competition law*, 2015, étude réalisée

pour l’Autorité des marchés et de la concurrence.

LEXQI CONSEIL, Cartographie des directions juridiques 2018, études réalisées en partenariat avec le Cercle Montesquieu et l’Association Française des Juristes d’Entreprise avec le parrainage du cabinet Gide et de LexisNexis, juin 2018.

OCDE, *Promoting compliance with competition law*, Policy roundtables, 2011.

OFT, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, 2010.

OFT, *The impact of competition interventions on compliance and deterrence, Final Report*, 2011.

PRADA (M.), *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, 2011.

Résolution du Parlement européen du 9 mars 2010 sur le rapport relatif à la politique de concurrence 2008, 2009/2173 (INI), JOUE n°C 349 E du 22 décembre 2010, p. 16.

Résolution du Parlement européen du du 20 janvier 2011 sur le rapport sur la politique de concurrence 2009, 2010/2137 (INI), JOUE n° C 136 E du 11 mai 2012, p. 60.

Sofia Competition Forum, *Guidelines on corporate programs for compliance with competition rules*, [https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb\\_SCF\\_CorporateCompliance\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_CorporateCompliance_en.pdf).

## **VIII- Discours**

ALMUNIA (J.), *Compliance and competition policy*, BusinessEurope & US Chamber of Commerce. Competition conference Brussels, 2010, SPEECH/10/586.

BEAR (B.), « Prosecuting Antitrust Crimes », Remarks as Prepared for the Georgetown University Law Center Global Antitrust Enforcement Symposium, 2014 : <https://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2014/10/b-baer-prosecuting-antitrust-crimes.pdf>.

KOLASKY (W.J.), « Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective », Discours de William.J. Kolasky, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, US Department of Justice, 2002.

MANACORDA (S.), « La dynamique des programmes de mise en conformité des entreprises », Collège de France, Paris, 13 juin 2014.

MARIN (J-C.), *Colloque « la compliance »*, Cour de cassation, 2017, p. 2, [https://www.courdecassation.fr/IMG/Colloqu\\_compliance\\_JC\\_Marin.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Colloqu_compliance_JC_Marin.pdf).

RICHARDS (L.), *Working Towards a Culture of Compliance : Some Obstacles in the Path*, National Society of Compliance Professionals, Speech by SEC Staff, National Membership Meeting, 2007, Washington, DC.

SNYDER (B.), « Compliance is a Culture, Not just a Policy », Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop, 2014.

## SITOGRAPHIE

### I- Colloques visionnés

*Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 2/5*, Colloque organisé par l'AFJE, [https://www.youtube.com/watch?v=\\_aTjgOE4T7k](https://www.youtube.com/watch?v=_aTjgOE4T7k).

*Compliance au cœur de la modernisation et de la performance de l'entreprise 3/5*, Colloque organisé par l'AFJE, février 2017, AFJE, <https://www.youtube.com/watch?v=UKTzkTTtK6I>.

HUBERT (X.), *Allocution de clôture du colloque « Compliance au cœur de la modernisation de l'entreprise » organisé par l'AFJE*, <https://www.youtube.com/watch?v=LuNK1THzBE8>.

NAJAR (J-C.), *Colloque du 10 juin 2014 « Ethique, compliance et maîtrise des risques : enjeux et nouveaux défis »*, [https://www.youtube.com/watch?v=K\\_wQryuWVwQ](https://www.youtube.com/watch?v=K_wQryuWVwQ).

*Organiser, déployer et diffuser le programme de Compliance*, Colloque organisé par l'AFJE, mars 2017, [https://www.youtube.com/watch?v=cc5ZF\\_6ctwg](https://www.youtube.com/watch?v=cc5ZF_6ctwg).

### II- Autres vidéos

ANDIE (C.), « *Entreprise : le rôle du juriste en matière de compliance et d'éthique* », *Experts de l'entreprise*, 2017, <http://www.expertsdelentreprise.com/Entreprise-le-role-du-juriste-en-matiere-de-complainte-et-d-ethique>.

AGUILA (Y.), *Droit souple*, Le club des juristes, <http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/droit-souple/>.

Commission des lois, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État consacrée au "droit souple"*, 2013, [http://videos.senat.fr/video.104688\\_57c2a7af40faf.etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-consacree-au-droit-souple](http://videos.senat.fr/video.104688_57c2a7af40faf.etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-consacree-au-droit-souple).

JACOB (O.), *Enjeux de la Compliance/Conformité dans les entreprises*, Inéa Conseil, <https://www.youtube.com/watch?v=bfZr421AQxg>,

JENNY (F.), « *Pour une réforme du droit de la concurrence* », <https://www.youtube.com/watch?v=8XcK7cykD1I>.

### III- Articles

BACCICHETTI (E.), REY (C.), « L'importance des programmes de conformité en droit de la concurrence » , *Option Finance*, 2016 , <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-gestion-des-groupes-internationaux-avec-pwc-societe-davocats/la-conformite-vers-un-nouveau-cap/limportance-des-programmes-de-conformite-en-droit-de-la-concurrence.html>.

CADUC (P.), « La compliance ou la mort » , *Le Monde*, 2016. [https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/24/la-compliance-ou-la-mort\\_4925700\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/24/la-compliance-ou-la-mort_4925700_3232.html)

DE BEAUFORT (V.), « Le patriotisme économique peut-il exister au niveau européen », *Knowledge ESSEC*, 2013, <http://knowledge.essec.edu/fr/economy-finance/patriotisme-economique-peut-exister-au-niveau-euro.html>.

DS, « Lu pour vous - La compliance : un monde nouveau ? | Antoine Gaudemet (dir) », *Dt et Société*, 2017, <https://ds.hypotheses.org/2772>.

ECHENNE (F.), « Concurrence et compliance : vers une responsabilisation des entreprises », *Village de la justice*, 2017, <https://www.village-justice.com/articles/concurrence-compliance-vers-une-responsabilisation-des-entreprises,26655.html#F8cHjGXo56bd31Hl.99>.

FOUCAUD (P.), « Comment fédérer les collaborateurs à la Compliance ? », *Experts de l'entreprise*, 2018, <http://www.expertsdelentreprise.com/Comment-federer-les-collaborateurs-a-la-Compliance>.

FRISON-ROCHE (M-A.), *Droit de la compliance : livret de séminaire – semestre d'automne 2016*, <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-compliance-livret-de-cours-semester-da/>.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Fonctions de la compliance : le choix politique à faire », 2017, <http://mafr.fr/media/assets/slides/slides-fonctions-de-la-compliance.pdf>.

FRISON-ROCHE (M-A.), « L'essentiel de la décision Google : l'imposition par la Commission Européenne d'une obligation de "Compliance" », 2018 <https://www.linkedin.com/pulse/lessentiel-de-la-décision-google-limposition-par-dun-frison-roche/?published=t>.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *working paper*, 2018 <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-concurrence-et-droit-de-la-compliance-2/>.

FRISON-ROCHE (M-A.), *Droit de la compliance : livret de séminaire – semestre d'automne 2018*, <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-compliance-livret-de-cours-semester-da/>.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Dans la conférence inaugurale du 2 mars 2018, Koen Lenaerts fait vivre l'Europe de la compliance » , *the Journal of Regulation*, 2018. <http://thejournalofregulation.com/fr/article/koen-lenaerts-eclaire-leurope-de-la-compliance/>.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Comment le droit de la compliance peut aider d'une façon décisive la construction de l'Europe » , *Working paper*, 2018, <http://mafr.fr/fr/article/comment-droit-et-economie-peuvent-sallier-pour-aid/>.

GAUDEMET (A.), *Les Editions Panthéon-Assas présentent* : « La compliance: un monde nouveau ? », 2016, 2 min 34, <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/diplome-duniversite-du/diplome-duniversite-responsable-conformite>.

GUILLOU (S.), « La politique de concurrence européenne ou l'extension de l'intégration, 2017, <https://www.ofce.sciences-po.fr/blog/la-politique-de-concurrence-europeenne-ou-lextension-du-domaine-de-lintegration/>.

IWEINS (D.), « Infuser la culture compliance en entreprise », *Les Echos EXECUTIVES*, 2017. <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/responsabilite-assurances/030902913434-infuser-la-culture-compliance-en-entreprise-316002.php>.

LASSERRE (B.), *Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque CREDA, Paris, 19 janvier 2005. Disponible sur <https://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>.

MOREAUX (A.), « Compliance : comment mettre en place un programme efficient ? », *Affiches parisiennes*, 2018, <https://www.affiches-parisiennes.com/compliance-comment-mettre-en-place-un-programme-efficient-8313.html>.

MURPHY(J.), « A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day : How Small Companies Can Have Effective Programs » , *Society of Corporate Compliance and ethics*, 2010. <https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>.

PwC France, Points clés de l'étude 2016 sur la fonction conformité au sein de l'entreprise, 2016, <https://www.pwc.fr/fr/publications/gestion-des-risques-audit-interne-et-controle-interne/conformite/state-of-compliance-study/pilotage-programme-conformite.html>.

ROUX DE BEZIEUX (G.), « Pour une « Europe combative », *MEDEF*, 2018, <https://www.medef.com/fr/actualites/pour-une-europe-combative-geoffroy-roux-de-bezieux-au>

[handelsblatt](#).

SAFFROY (F.), « Loi « Sapin II » : les alertes professionnelles et les codes d'éthique obligatoires », *Alerion.news, Newsletter Spéciale Compliance*, 2017, [http://www.alerion-avocat-paris.fr/IMG/pdf/newsletter\\_alerion\\_janvier\\_2017\\_compliance.pdf](http://www.alerion-avocat-paris.fr/IMG/pdf/newsletter_alerion_janvier_2017_compliance.pdf).

SEHESTED (T.), « Creating A Culture Of Compliance: Why All Successful Businesses Must Do This And Where To Begin », *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/09/17/creating-a-culture-of-compliance-why-all-successful-businesses-must-do-this-and-where-to-begin/#3e0111b55050>.

SMEE (V.), « La Commission européenne publie sa nouvelle stratégie sur la RSE », interview de Michel Doucin, *Novethic*, 2011, <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/la-commission-europeenne-publie-sa-nouvelle-strategie-sur-la-rse-135805.html>.

TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), De l'intérêt pour une entreprise d'adopter un programme de conformité (partie 2), p. 2. <http://www.templeboyer-legal.fr/publication-25797-de-l-interet-pour-une-entreprise-d-adopter-un-programme-de-conformite-partie-ii-avril-2012.html>.

TRANCHARD (S.), « La nouvelle édition d'ISO 31000 simplifie le management du risque », disponible sur Actualité du site ISO <https://www.iso.org/fr/news/ref2263.html>.

VANNINI (C.), MORAITOU (E.), « Une recommandation de la Commission européenne constitue-t-elle un acte attaqué ? », *LEXplicite*, <https://www.lexplicate.fr/une-recommandation-de-la-commission-europeenne-constitue-t-elle-un-acte-attaque/>.

« Antitrust Letter - Programme de conformité ≠ réduction des sanctions », *Revue concurrentialiste*, 2014, <https://leconcurrentialiste.com/2014/10/28/antitrust-letter-16/>.

#### **IV- Autres sites**

ADLC, Brochure « 25 ans », p. 43. [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/livre\\_25ans.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/livre_25ans.pdf).

ADLC, rubrique transaction (procédure négociée) [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id\\_rub=429&id\\_article=1790](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=429&id_article=1790).

Bureau de la concurrence Canada, Site internet rubrique « Les programmes de conformité d'entreprises », disponible sur <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04297.html>.

Commission UE, Service de hotline

<http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>, lancée le 16 mars 2017.

Le Cercle de la Compliance, Rubrique « A quoi se réfère exactement le terme de compliance? », <https://www.lecercledelacompliance.com/questions-frequentes/>.

## Table des matières

SOMMAIRE.....	4
Table des principales abréviations.....	5
INTRODUCTION.....	1
§ 1 - Définitions et approche générale de la compliance.....	2
§ 2 - Problématisation de la compliance dans le contexte du droit de la concurrence.....	6
Partie I - Le programme de compliance : un dispositif en apparence préventif et volontaire.....	10
Chapitre I - Les incitations positives à la mise en place d'un programme de compliance.....	10
Section I - La progressive apparition de la compliance en droit de la concurrence.....	10
§ 1 - Les raisons de la compliance en droit de la concurrence.....	10
A- D'un contrôle a priori à un contrôle a posteriori des pratiques potentiellement anticoncurrentielles.....	11
B- L'alourdissement des amendes.....	13
C- La volonté de préservation de l'image et de la réputation de l'entreprise.....	14
D- La volonté de prévenir les différents risques liés au droit de la concurrence.....	15
1) La complexité du droit de la concurrence.....	15
2) La persistance des facteurs de non-conformité.....	18
§ 2 - L'apparition des programmes de compliance en droit de la concurrence.....	19
§ 3 - L'incitation des autorités de concurrence au développement des programmes de compliance.....	22
A- L'évolution dans la manière d'inciter aux comportements compliant.....	22
B- Les différentes incitations par le biais d'outils de soft law.....	26
1) Les incitations des autorités de concurrence.....	26
2) Les outils de soft law.....	29
3) Les différentes façon d'inciter les entreprises à la compliance.....	34
4) Les incitations à la compliance de la part d'autres acteurs.....	38
Section II - Le contenu recommandé des programmes de compliance.....	39
§ 1 - L'étape préalable : la personnalisation de la démarche de compliance par l'identification des risques.....	39
A- L'identification des risques.....	39
B- L'adaptation du programme de compliance à l'entreprise.....	44
C- L'insuffisance des codes de bonnes pratiques.....	46
§ 2 - Les cinq piliers de la compliance.....	46
A- L'engagement officiel des dirigeants de la société.....	47
B- Le compliance officer : une fonction de coordination pour gérer ces risques.....	49
1) La nature des fonctions du compliance officer.....	50
2) Une fonction transversale.....	52
3) L'organisation de la fonction.....	53
4) Les difficultés liées à la compliance.....	55
a) Le legal privilege du compliance officer.....	55
b) La responsabilité du compliance officer.....	57
C- Les nécessaires actions de sensibilisation au droit de la concurrence par des formations.....	58
1) Les différentes formes de formations possibles.....	59
2) La mise en avant des infractions anticoncurrentielles.....	59
3) Les différents degrés de formations en fonction des risques.....	60
4) L'intérêt de former tous les employés.....	61
5) L'objectif : faire en sorte que tous les employés se sentent concernés par la compliance.....	62

D- Les contrôles et l'alerte : des outils pour assurer le respect de la politique de compliance.....	64
1) Le contrôle interne de la compliance.....	64
2) Les mécanismes d'alertes internes.....	65
a) L'origine anglo-saxonne du système d'alerte importé dans l'Union européenne.....	65
b) La délicate protection des lanceurs d'alerte : la question de l'anonymat.....	67
c) L'encadrement de la procédure.....	69
d) Une procédure critiquée.....	71
E- L'établissement d'incitations par des sanctions en interne.....	72
Chapitre II - L'ambiguïté de la mise en place d'un programme de compliance.....	74
Section I - Un outil majoritairement mis en place en réaction à une condamnation pour pratique anticoncurrentielle.....	74
§ 1 -Les possibles insuffisances d'un programme de compliance.....	74
A- L'absence de risque zéro.....	74
B- Les différentes conséquences d'un programme de compliance défaillant.....	76
§ 2 - L'espoir controversé d'une réduction d'amende : des autorités de concurrence aux positions globalement similaires.....	79
A- La logique outre-Atlantique.....	79
1) Aux États-Unis.....	79
2- Au Canada.....	81
B- La position des instances de l'Union européenne.....	82
C- La position française.....	85
1) La non-contestation des griefs.....	86
2) La transaction française.....	93
3) Le retrait du document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence de 2012.....	94
D- Les positions dans d'autres pays de l'Union européenne.....	96
Section II- Les délicates implications du débat sur l'atténuation de sanction.....	97
§ 1 - Les programmes de clémence privilégiés : l'instrumentalisation des programmes de compliance ?.....	98
§ 2 - Des programmes de compliance en perte d'attractivité pour les entreprises.....	104
§ 3 – Les possibles avantages des programmes de compliance pour la répression des infractions anticoncurrentielles.....	107
Partie II - Le programme de compliance : un dispositif de promotion d'une culture de la concurrence au sein des entreprises discuté au plan constitutionnel.....	110
Chapitre I - Des programmes de compliance devenus obligatoires pour toutes les entreprises. .	110
Section I - Un programme de compliance coûteux et complexe pour les PME comme pour les multinationales.....	110
§ 1 - La diversité des difficultés résultant des programmes de compliance pour les entreprises.....	110
A- De nouveaux frais pour les PME compensés par une structure avantageuse.....	112
B- La problématique des groupes multinationaux.....	114
§ 2 - Un coût constitutif d'un outil indispensable de détection des pratiques anticoncurrentielles.....	117
Section II – Un programme de compliance jugé sur son efficacité : quelle obligation pour quelle valeur juridique ?.....	119
§ 1- L'efficacité du programme de compliance.....	119
A- Les risques liés à la sur-conformité ou la cosmétique.....	120
B- La nécessaire surveillance et évaluation du programme de compliance.....	122

§ 2 - L'obligation implicite de l'adoption des programmes de compliance en droit de la concurrence.....	125
§ 3- La possible valeur juridique du programme de compliance.....	126
Chapitre 2 - Une discutable culture de la concurrence permettant l'effectivité du droit de la concurrence.....	131
Section I – La culture de la concurrence par la compliance au droit de la concurrence : une évolution des pratiques commerciales.....	131
§ 1 - La compliance au droit de la concurrence : le renforcement des valeurs moralisatrices des affaires.....	131
A- Une logique complémentaire de la responsabilité sociale des entreprises et de l'éthique des affaires.....	131
B- Une évolution logique.....	134
C- Les possibles dérives de cette évolution.....	137
§ 2 - L'implantation d'une culture de la concurrence.....	139
A– La définition de la culture de concurrence.....	139
1) L'importance du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.....	142
2) L'envisageable culture de compliance globale.....	145
B- Quid de la différence entre les cultures américaine et européenne.....	147
C- Du renforcement de la culture européenne de la concurrence à l'émergence d'une possible culture de concurrence mondiale.....	149
Section II - L'intérêt d'une culture d'entreprise tournée vers le respect des règles de concurrence.....	151
§ 1 - Un droit de la concurrence plus effectif.....	152
§ 2 - Les programmes de compliance comme outils de la politique de concurrence.....	155
§ 3 - Une culture de la concurrence discutée.....	157
CONCLUSION.....	160
§ 1 – Les programmes de compliance en droit de la concurrence : un outil avantageux pour les entreprises malgré des difficultés liées au cadre d'application du droit de la concurrence de l'Union européenne.....	160
§ 2 -Les programmes de compliance en droit de la concurrence : un outil de régulation concurrentielle pour les autorités de concurrence.....	160
§ 3 – Vers un droit de la compliance ?.....	161
BIBLIOGRAPHIE .....	163
TABLE DE JURISPRUDENCES CHRONOLOGIQUES.....	173
Table des décisions des autorités de concurrence.....	177
TABLE DES DOCUMENTS .....	180
SITOGRAFIE.....	187